

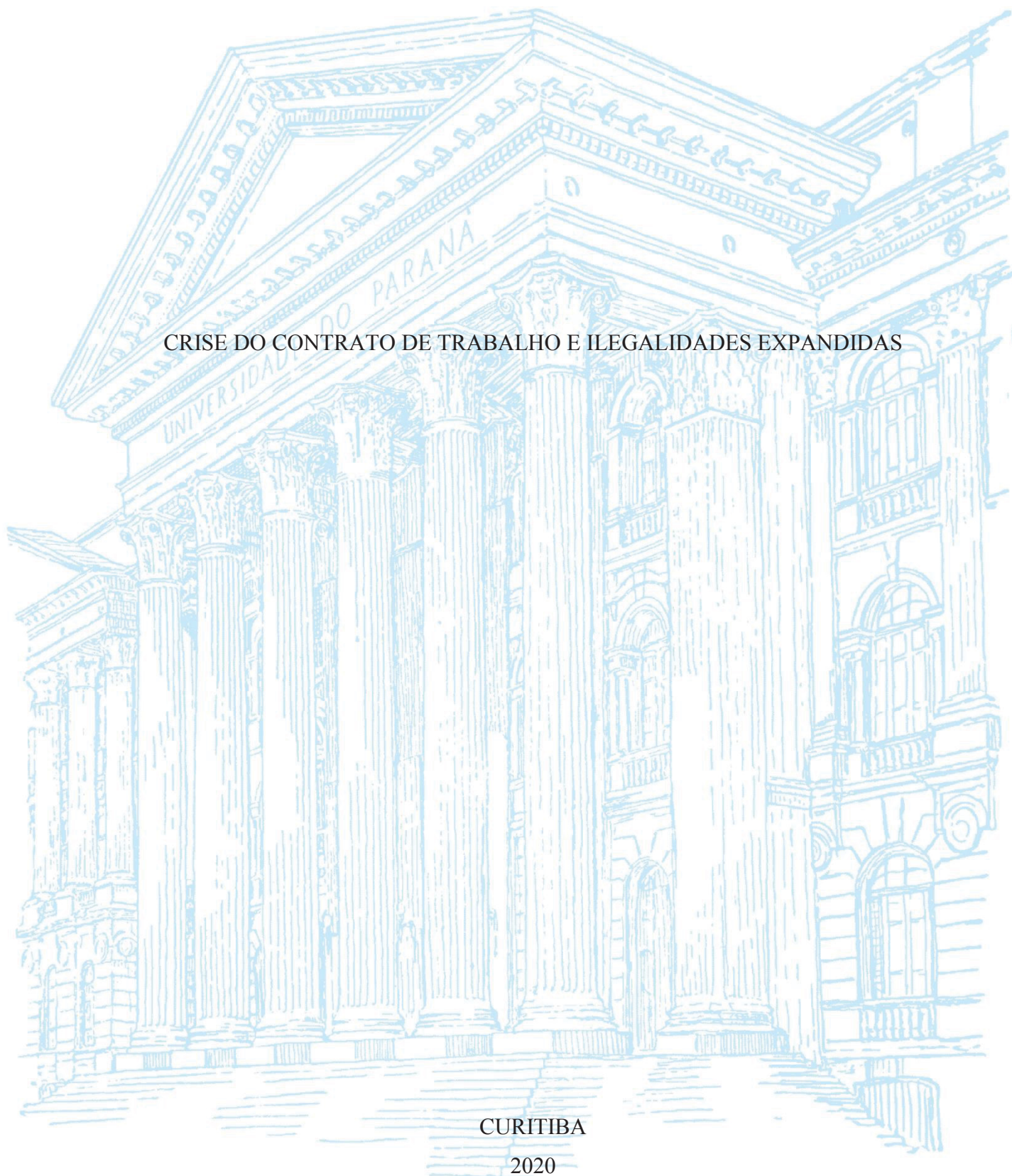
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LAWRENCE ESTIVALET DE MELLO

CRISE DO CONTRATO DE TRABALHO E ILEGALIDADES EXPANDIDAS

CURITIBA

2020



LAWRENCE ESTIVALET DE MELLO

CRISE DO CONTRATO DE TRABALHO E ILEGALIDADES EXPANDIDAS

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Titular Doutor José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2020

M527c

Mello, Lawrence Estivalet de

Crise do contrato de trabalho e ilegalidades expandidas
[meio eletrônico] / Lawrence Estivalet de Mello. - Curitiba, 2020.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor
de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.
Curitiba, 2020.

Orientador: José Antônio Peres Gediel.

1. Contrato de trabalho. 2. Direito do trabalho. 3. Sindicatos.
I. Gediel, José Antônio Peres. II. Título. III. Universidade Federal
do Paraná.

CDU 331.1

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626

Z



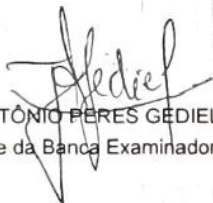
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **LAWRENCE ESTIVALET DE MELLO** intitulada: **Crise do Contrato de Trabalho e Ilegalidades Expandidas**, sob orientação do Prof. Dr. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa. 2

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 10 de Março de 2020.



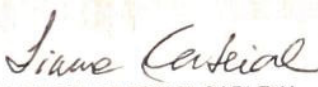
JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL
Presidente da Banca Examinadora



RICARDO LUIZ COLTRO ANTUNES
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS)



ROGER RAUPP RIOS
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS)



LIANA MARIA DA FROTA CARLEIAL
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



ALDACY RACHID COUTINHO
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)




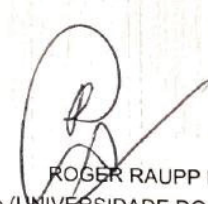
ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

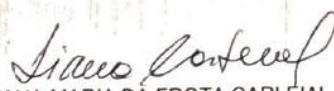
No dia dez de março de dois mil e vinte às 08:00 horas, na sala de Defesas - 317, Praça Santos Andrade, 50. PPGD. 3º Andar. Faculdade de Direito da UFPR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **LAWRENCE ESTIVALET DE MELLO**, intitulada: **Crise do Contrato de Trabalho e Ilegalidades Expandidas**, sob orientação do Prof. Dr. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RICARDO LUIZ COLTRO ANTUNES (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS), ROGER RAUPP RIOS (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS), LIANA MARIA DA FROTA CARLEIAL (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ALDACY RACHID COUTINHO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela aprovação. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

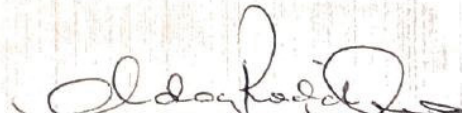
CURITIBA, 10 de Março de 2020.


JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL
Presidente da Banca Examinadora


RICARDO LUIZ COLTRO ANTUNES
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS)


ROGER RAUPP RIOS
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS)


LIANA MARIA DA FROTA CARLEIAL
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)


ALDACY RACHID COUTINHO
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



Para José Antônio Peres Gediel,
mestre e amigo.

AGRADECIMENTOS

Nada se termina, quando a crise é cada vez maior. Em janeiro de 2013, vim para Curitiba cursar o Mestrado em Direito. Tudo começava a ficar fora do lugar e a nova carne não poderia ser comida com os velhos garfos¹. Então, passamos a inventar pelas bordas uma forma de tatear o coletivo e construir o futuro. Esta tese é produto inacabado deste esforço e diálogo, que apenas a Universidade Pública e as lutas sociais poderiam engendrar.

Não seria possível sem minha família, que apoiou esta jornada desde o começo, apesar da distância, muitas vezes maior do que deveria ser. Ao meu pai Fernando, *in memoriam*, de quem colhemos inquietude persistente e alegria solidária, agradeço pelas ideias transformadas em atos e em projetos coletivos. Que a vida permita honrar sua história de entrega às lutas, à periferia e a uma existência digna para todos e todas.

Para minha mãe Tânia, irmã Tzusy e tia Suceni, agradeço pela generosidade do convívio e pelos ensinamentos sobre garra, entrega, sonho, conversa, recomeço e fé na vida. Para a amiga Bruna e os familiares Andrea, Andrew, Fernandinho e Iago, agradeço pela paciência nesta fase de ausências e dificuldades.

Para Luís Otávio, agradeço pelo cuidado e pelos sonhos, pelo compartilhar de angústias, análises, rosas e futuro, pelo ensinar e aprender cotidiano do “amar que se faz amando”. Nesta tese, além da convivência paciente com minhas angústias e dúvidas, recebi o apoio na revisão das traduções realizadas, companheirismo pelo qual também agradeço.

Nesses tempos, juntamente com pesquisadores, amigos e colegas no Núcleo de Direito Cooperativo e Cidadania (PPGD/UFPR), favoreci-me da oportunidade de conviver e compartilhar da astúcia crítica e da influência construtiva do Professor Tit. José Antônio Peres Gediél, intelectual público a quem agradeço pela orientação cotidiana, pelo exemplo ético, pela amizade e pelo exercício de pensar o Brasil como problema.

Foi um privilégio ser recebido em Curitiba, orientado no Mestrado, ter tido aulas e tantos outros aprendizados com a Professora Tit. Liana Carleial, a quem agradeço pelas lições sobre o método dialético, o real concreto, a centralidade da classe trabalhadora, a sensibilidade e a lealdade solidária nas relações humanas.

À Professora Tit. Aldacy Rachid Coutinho, agradeço pela acolhida no Núcleo Trabalho Vivo, pela crítica ao fetichismo da lei, pelo desvelar do oculto nas relações

¹ “As novas eras não começam de uma vez./ Meu avô viveu já nos novos tempos/ Meu neto com certeza/ viverá ainda nos velhos./ A carne nova é comida com os velhos garfos./ Não foram os veículos motorizados/ Nem os tanques/ Não foram os aviões sobre nossos tetos/ Nem os bombardeiros./ Das novas antenas vieram as velhas bobagens./ A sabedoria distribuiu-se de boca em boca” (B. Brecht – As novas eras).

trabalhistas, pelo rigor e pela radicalidade, inseparáveis de sua personalidade coerente e combativa.

Ao Professor Tit. Ricardo Antunes, agradeço pela generosidade com que se dispôs a realizar a leitura de meu trabalho e pelo incentivo ao seu desenvolvimento, pelas indicações decisivas para o desencadear da pesquisa e a exposição dos resultados, e pela densidade teórica com a qual é exemplo imprescindível para gerações de pesquisadores.

Ao Professor Roger Raupp Rios, agradeço pela orientação nos primeiros passos acadêmicos, pela integração solidária a um denso horizonte de preocupações de pesquisa antidiscriminatórias e pelos ensinamentos sobre temas do cotidiano, como arte, flores e movimentos sociais.

À Professora Dra. Maria de Mello Malta, agradeço pela colheita do futuro nos intérpretes do Brasil, pela poesia baiana em terras cariocas e pelo compartilhar da esperança.

Pelas conversas e apoio ao desenvolvimento da pesquisa, agradeço Frederico Schmachtenberg, Alexandra Veiga, Lucas Soares e Letícia Baron. Pelo contato com o Professor Ricardo Antunes, agradeço ao solidário amigo Flávio Lima.

Por cultivarem o cuidado e a amizade, mesmo na distância, e por fazerem-na cessar várias vezes ao longo desses anos, agradeço Érika Clarissa, Franciélis Vargas, Camila Katrein, Luís Henrique Orio, Iuscia Barboza, Sabine Gasperin, Winnie Bueno e Lourival de Carvalho. Compartilhar e construir com vocês os valores fundamentais que conduziram esta tese, há mais de dez anos, torna possível que ela já não seja só minha.

Pelo tempo e esforço dedicados à educação popular em ocupações urbanas, agradeço aos amigos do Cursinho Popular Alicerce 23 e da Associação de Moradores da Vila 23 de Agosto, Valéria Fiori, Adeodato Tavares, Sidnei Martins, Mirian Mazzardo, Bruna Marcela, Marcos Vinícius Tavares, Ana Paula Mira, Eziel Oliveira, Wesley Guaraci, Ana Carolina e João Raffo.

Pelas boas conversas, pesquisas e intervenções nestes difíceis anos, agradeço aos amigos Maria Vitória Ferreira, Andrea de Sá, Márcio Berclaz, Alberto Emiliano, Laura Fonseca, Adriana Corrêa, Marco Serau Junior, Sandro Lunard Nicoladeli, Gustavo Christofolli, Anderson Reichow, Thaís Rossa, Josiane Caldas, Ezequiel Vilapiana, Ronaldo Pinto, Elisa Torelly, Tiago Schneider, Rafael Cavichioli, Richard Edwin Sauss, Maria Fernanda Loureiro, Lucas Gracia, Ronaldo Santos, Eloísa Gonçalves, João Arzeno, Paula Cozero, Gabriela Barchechen, Luís Allan Kunzle, Andrea Caldas, Marília Silveira, Fernanda Zanin, Clarissa Vianna, Raphael Portelinha e Gabriela Caramuru.

Para os colegas da Universidade Positivo e da Uniguaçu, agradeço pelo esforço para a prática docente crítica no ambiente de graduação privado, nem sempre valorizada por quem o vê apenas sob a lógica da mercadoria educação. Igualmente grato sou aos coordenadores de cursos de pós-graduação da ABDCONST, da Católica de Santa Catarina e de outras instituições, pela aposta em cursos de especialização que assumem preocupações da classe trabalhadora.

Agradeço, também, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior, pela concessão de Bolsa do Programa de Excelência da CAPES, essencial para o desenvolvimento dessa pesquisa.

Quem dormiu no chão deve lembrar-se disto, impor-se disciplina, sentar-se em cadeiras duras, escrever em tábuas estreitas. Escreverá talvez asperezas, mas é delas que a vida é feita: inútil negá-las, contorná-las, envolvê-las em gaze. Contudo é indispensável um mínimo de tranquilidade, é necessário afastar as miseriazinhas que nos envenenam. Fisicamente estamos em repouso. Engano. O pensamento foge da folha meio rabiscada. Que desgraças inomináveis e vergonhosas nos chegarão amanhã? Terei desviado esses espectros? Ignoro. Sei é que, se obtenho sossego bastante para trabalhar um mês, provavelmente conseguirei meio de trabalhar outro mês.

Graciliano Ramos (1981, p. 68)

*Mas nos refugos do mundo nasce
um novo mundo: nascem novas leis
onde não há mais lei, nasce uma nova
honra onde a honra é só desonra...*

*Nascem potências e nobrezas,
ferozes, nos montes de cortiços,
nos locais mais remotos onde pensas
que a cidade termina, mas no entanto
recomeça, inimiga, recomeça
milhares de vezes, com suas pontes
e labirintos, canteiros e aterros,
por trás de borrascas de arranha-céus
que cobrem horizontes infindáveis.*

Pier Paolo Pasolini (2015, p. 127)

RESUMO

A crise do contrato de trabalho tradicional constitui objeto desta tese, como uma dimensão concreta da crise crônica estrutural do sistema sociometabólico do capital. O processo de elaboração da tese se utilizou de suposições criativas, para formular categorias teóricas, como ilegalidades constitucionais do trabalho e hostilidades contratuais, que, ao se expandirem, consolidam um desenho discriminatório do Direito do Trabalho. A construção e o exame deste objeto exigiram a recuperação de aportes teóricos sobre a democracia restrita no Brasil, a discriminação indireta e o poder da legalidade do Estado. A análise, em nível normativo, demonstra a reconfiguração neoliberal do Estado brasileiro e das liberdades contratuais como artifício para a expansão das ilegalidades do trabalho e das hostilidades contratuais. O Poder Judiciário altera o rumo do Direito do Trabalho, a partir de 2014, e antecipa a contrarreforma trabalhista. Os fundamentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fermentam constitucionalmente uma regulação jurídica de modalidades e cláusulas contratuais híbridas, como o contrato de trabalho intermitente, o contrato verde e amarelo, o contrato autônomo exclusivo e o contrato de teletrabalho. Nas razões de decidir dos julgados, observa-se um evidente descompasso entre as lutas sociais do trabalho, em nível global, e o quadro analítico tradicional da liberdade contratual coletiva, que se revisita nesta tese. A exposição dos resultados de pesquisa serve-se de conceitos e técnicas de pesquisa qualitativa, como mediações instrumentais para a compreensão do pensamento social e político sobre as liberdades contratuais do trabalho. Essas categorias teóricas se combinam com as informações empíricas colhidas em entrevistas com trabalhadoras terceirizadas e do setor de teleatendimento. Da análise concreta da situação hostil a que são submetidas as trabalhadoras e de suas estratégias de resistência, pode-se vislumbrar uma escola da experiência, na qual se desenham traços de uma nova morfologia das lutas sociais.

Palavras-chave: contrato de trabalho; liberdade contratual; crise estrutural; poder de legalidade; direito sindical; discriminação.

ABSTRACT

The crisis of the traditional labor contract constitutes the object of this thesis, as a concrete dimension of the chronic structural crisis of the socio-metabolic system of capital. The process of preparing the thesis used hypotheses to formulate theoretical categories, such as constitutional illegalities of work and contractual hostilities, which, when expanding, consolidate a discriminatory design of Labor Law. The construction and exam required of this object the recovery of theoretical contributions on restricted democracy in Brazil, indirect discrimination and the power of the State's legality. The analysis, at the normative level, demonstrates the neoliberal reconfiguration of the Brazilian State and contractual freedoms as an artifice for the work ilegalities expansion and contractual hostilities. The Judiciary Power changes the course of Labor Law, starting in 2014, and anticipates labor regressive reform. The fundamentals of the jurisprudence of the Supreme Federal Court constitutionally support a legal regulation of modalities and hybrid contractual clauses, such as the intermittent employment contract, the green and yellow contract, the exclusive autonomous contract and the telework contract. In the reasons for deciding on the judgments, there is an evident gap between the social struggles of work, at a global level, and the traditional analytical framework of collective contractual freedom, which is revisited in this thesis. The exposure of the research results uses qualitative research concepts and techniques, as instrumental mediations for the understanding of social and political thinking about the contractual freedoms of work. These theoretical categories are combined with the empirical information collected in interviews with outsourced workers and from the call center sector. From the concrete analysis of the hostile situation to which the workers are subjected and their resistance strategies, one can glimpse a school of experience, in which traces of a new morphology of social struggles are drawn.

Keywords: employment contract; freedom of contract; structural crisis; power of legality; union law; discrimination.

RESUMÉN

La crisis del contrato de trabajo tradicional constituye el objeto de esta tesis, como una dimensión concreta de la crisis estructural crónica del sistema sociometabólico del capital. En el proceso de elaboración de la investigación se utilizaron supuestos creativos para elaborar categorías teóricas, como las ilegalidades constitucionales de las hostilidades laborales y contractuales, que, al ampliarse, consolidan un diseño discriminatorio del derecho laboral. La construcción y el examen de este objeto requirió la recuperación de las contribuciones teóricas sobre la democracia restringida en Brasil, la discriminación indirecta y el poder de la legalidad del Estado. El análisis, en el plano normativo, demuestra la reconfiguración neoliberal del Estado brasileño y de las libertades contractuales como un artificio para la expansión de las ilegalidades laborales y las hostilidades contractuales. El Poder Judicial cambia el curso de la Ley Laboral, a partir de 2014, y anticipa la contrarreforma laboral. Los fundamentos de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal fermentan constitucionalmente una regulación jurídica de modalidades y cláusulas contractuales híbridas, como el contrato de trabajo intermitente, el contrato verde y amarillo, el contrato autónomo exclusivo y el contrato de teletrabajo. En las razones de la decisión de los tribunales, hay un evidente desajuste entre las luchas sociales del trabajo, a nivel mundial, y el marco analítico tradicional de la libertad contractual colectiva, que se revisa en esta tesis. En la presentación de los resultados de la investigación se utilizan conceptos y técnicas de investigación cualitativa como mediaciones instrumentales para la comprensión del pensamiento social y político sobre las libertades contractuales del trabajo. Estas categorías teóricas se combinan con la información empírica reunida en entrevistas con trabajadoras subcontratadas y con las del sector del “callcenter”. Del análisis concreto de la situación hostil a la que están sometidos los trabajadores y sus estrategias de resistencia, se puede vislumbrar una escuela de la experiencia en la que se dibujan las huellas de una nueva morfología de las luchas sociales.

Palabras-clave: contrato de trabajo; libertad de contratación; crisis estructural; poder de legalidade; derecho sindical; discriminación.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - PESSOAS DE 14 ANOS OU MAIS DE IDADE, OCUPADAS NA SEMANA DE REFERÊNCIA COMO EMPREGADO NO SETOR PRIVADO COM CTPS ASSINADA (2014-2017, EM MILHARES)	115
FIGURA 2 - PESSOAS DE 14 ANOS OU MAIS DE IDADE, OCUPADAS NA SEMANA DE REFERÊNCIA COMO EMPREGADO NO SETOR PRIVADO SEM CARTEIRA DE TRABALHO ASSINADA (2014-2017, EM MILHARES).....	115
FIGURA 3 - TRABALHO POR CONTA PRÓPRIA NO BRASIL (2002-2009, EM MILHÕES)	116
FIGURA 4 - TRABALHO POR CONTA PRÓPRIA NO BRASIL (2010-2017, EM MILHÕES)	117
FIGURA 5 - DÍVIDA DO ESTADO EM PORCENTAGEM DO PIB (1995–2013)	181
FIGURA 6 - TOTAL DE ATIVOS DOS BANCOS CENTRAIS, 2007–2013	182
FIGURA 7 - DISTRIBUIÇÃO ANUAL DE ADIS EM MATÉRIA TRABALHISTA AJUIZADAS ENTRE 1988 E 2008	187
FIGURA 8 - EMPRESA NEOLIBERAL EM REDE: UM EXEMPLO.....	252
FIGURA 9 - IDADE DOS MANIFESTANTES EM JUNHO DE 2013	276
FIGURA 10 - ESCOLARIDADE DOS MANIFESTANTES EM JUNHO DE 2013	276
FIGURA 11 - RENDA FAMILIAR MENSAL DOS MANIFESTANTES EM JUNHO DE 2013	278

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - AUMENTO DE CONTRATOS TERCEIRIZADOS NOS GOVERNOS LULA E DILMA	111
TABELA 2 - COMPOSIÇÃO PARTIDÁRIA DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO DO CONGRESSO CONSTITUINTE.....	137
TABELA 3 - VOTOS DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO, CAPÍTULO II - DIREITOS DE TRABALHADORES E TRABALHADORAS.....	137
TABELA 4 - O ESTADO DEMOCRÁTICO ENDIVIDADO E SEUS DOIS POVOS	173
TABELA 5 - SINDICATOS RECONHECIDOS EXISTENTES ENTRE 1935 E 1941	226
TABELA 6 - NÚMERO DE SÓCIOS DOS SINDICATOS NO DISTRITO FEDERAL: 1936–1941	226
TABELA 7 - PERIODIZAÇÃO DO MOVIMENTO SINDICAL BRASILEIRO (1889-1946).....	236
TABELA 8 - DENSIDADE SINDICAL EM PAÍSES SELECIONADOS (1960-2013).....	264
TABELA 9 - GREVES ENTRE 2010 E 2013	271
TABELA 10 - PRINCIPAIS REIVINDICAÇÕES DAS GREVES NA ESFERA PRIVADA, 2012 E 2013	272
TABELA 11 – ETAPAS, OBJETIVOS E ACONTECIMENTOS RELEVANTES DAS JORNADAS DE JUNHO DE 2013.....	273
TABELA 12 – FAIXA SALARIAL DOS JOGADORES PROFISSIONAIS DE FUTEBOL NO BRASIL (2016).....	350

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

AIRR – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

CUT – Central Única dos Trabalhadores

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos

EC – Emenda Constitucional

IC – Inquérito Civil

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Intersexuais

LLO – Declaração de Direitos de Liberdade Econômica

MP – Medida Provisória

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OJ – Orientação Jurisprudencial

PDI – Programa de Demissão Incentivada

PDV – Programa de Demissão Voluntária

PEA – População Economicamente Ativa

RE – Recurso Extraordinário

RR – Recurso de Revista

SBDI – Subseção de Dissídios Individuais

SDC – Seção de Dissídios Coletivos

SDI – Seção de Dissídios Individuais

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

SUMÁRIO	18
INTRODUÇÃO	16
I. Contrato de trabalho: classificação jurídica e contratualidades híbridas	16
II. Crise econômica: contratos por toda parte	25
III. Modo de exposição e técnicas de pesquisa	31
1. CRÍTICA DO ESTADO E DO CONTRATO DE TRABALHO	43
1.1. Teoria contratual moderna e crise da tipicidade do contrato de trabalho	44
1.1.1 Opacidade da liberdade contratual e o obscuro objeto do contrato	45
a) Ambiguidades da liberdade contratual	46
b) Objeto contratual: tempo, privacidade e identidade	61
1.1.2 Crise dos sistemas de intervenção estatal nos contratos	80
a) Tipologias juslaborais em crise	81
b) Tipicidade contratual e suas insuficiências para pensar o Brasil	98
1.2 Constituição de 1988 e permissão para ilegalidades do trabalho	118
1.2.1 Democracia restrita no Brasil e direitos sociais	118
a) Constitucionalismo social e capitalismo	119
b) Congresso Constituinte e jogo da governabilidade	128
1.2.2 Ilegalidades e antinomias do constitucionalismo	143
a) Estado e poder da legalidade	143
b) Um desenho institucional discriminatório do tempo e da privacidade	153
2. ILEGALIDADES EXPANDIDAS: das inversões constitucionais à personalidade sitiada	164
2.1. Ilegalidades Expandidas I – O trabalho e o Estado no STF	165
2.1.1 A reforma antes da reforma: 2014–2017	166
a) Judicialização da política e construção do Estado-firma	167
b) Estado-terapêutico da relação capital-trabalho	184
2.1.2 Artifícios da importação do sistema norte-americano	194
a) A “Americanização” do Direito do Trabalho	195
b) Inversões constitucionais e o ardil da liberdade contratual	201
2.2. Ilegalidades Expandidas II – Autonomia Coletiva e Personalidade Sitiada	210
2.2.1 Entre a social-democracia alemã e o sindicato corporativo brasileiro	212

a) A experiência alemã e a contribuição de Hugo Sinzheimer	213
b) Invenção e reinvenção do corporativismo brasileiro	221
2.2.2 Hostilidades contratuais e erupções coletivas	243
a) Personalidade sitiada e trabalho informacional	245
b) Vidas precárias e erupções públicas	260
3. HIBRIDISMOS CONTRATUAIS, DISCRIMINAÇÃO E REBELDIAS CRIATIVAS	289
3.1. Tateando as bordas da ilegalidade na crise do contrato de trabalho	291
3.1.1 O objeto vivo do trabalho	293
a) Duas visões, um contrato: juristas e trabalhadoras	294
b) TST e contratos híbridos: duas limitações	309
3.1.2 Modalidades híbridas de contrato de trabalho	322
a) Domésticas, cabeleireiras, autônomas	323
B) Intermitentes, atletas e verde e amarelos	339
3.2. Expansão seletiva do Direito Laboral: miragens de estabilidade subordinada	352
3.2.1 Hostilidades contratuais racistas, homotransfóbicas e sexistas	355
a) Magistrados diante da homotransfobia	355
b) Direito à privacidade e discriminação indireta	369
3.2.2 O trabalho no laboratório das espoliações	379
a) A voz das teleoperadoras e a exposição do corpo no STF	380
b) Contratos espoliativos e rebeldias criativas	396
CONSIDERAÇÕES FINAIS	414
REFERÊNCIAS	423
ANEXOS	448
Entrevistas – Termo de Autorização	448
Entrevistas – Roteiro geral	449

INTRODUÇÃO

Esta é uma tese sobre a crise do contrato de trabalho tradicional (I), dimensão concreta da crise crônica do sistema sociometabólico do capital (II). Como solução para a crise, aposta-se na ampliação da liberdade contratual, que abre espaço para experimentos realizados sob uma concepção de legalidade e resulta no aprofundamento da discriminação e da precarização. Nessa processualidade, conforma-se um novo desenho institucional do Direito do Trabalho.

A tese expõe os resultados de pesquisa qualitativa e exploratória, realizada com base em aporte teórico-conceitual colhido em bibliografia específica, utilizando análise documental e entrevistas semi-estruturadas (III).

I. Contrato de trabalho: classificação jurídica e contratualidades híbridas

Uma caracterização falsa orienta as reflexões do Direito do Trabalho, ao afirmar seu fim. A realidade estampa à vista que os postos de trabalho se expandem no mundo² e esta tese procura demonstrar que as possibilidades jurídicas de ação *livre e legítima* do capital, de sindicatos, de trabalhadoras e de trabalhadores se expandem, com transformações que não são apreensíveis no quadro analítico da teoria social do contrato de trabalho típico ou padrão.

Esta consideração, ao fundo do cenário da exposição dos resultados de pesquisa, explica por que se rejeita na tese uma certa compreensão de que a contrarreforma trabalhista e a terceirização ampla e irrestrita, para ficar em dois exemplos, representam o fim do Direito do Trabalho. Se seguissem este falso raciocínio, o leitor e a leitora seriam levados a pensar que aumentam os tipos contratuais legais, multiplicam-se as cláusulas contratuais lícitas, os trabalhadores recebem uma série de novas ordens do capital consideradas lícitas e, ainda assim, o Direito do Trabalho não existe mais. Viver-se-ia no puro arbítrio.

² Para a refutação à tese de fim do trabalho, vejam-se Antunes (2011) e Carleial (2010). Sobre o crescimento da força de trabalho ocupada no Brasil e no mundo, esclarece Marcelo Badaró Mattos, com base em dados da OIT e do Banco Mundial: “(...) o percentual da força de trabalho em relação ao total da população era de 44,31% em 1990 e em 2016 chegou a 46,04% (...). Dados estimados pela OIT indicam que o número de pessoas empregadas no mundo cresceu no período recente: eram 2,614 bilhões em 2000 e em 2016 o número chegou a 3,253 bilhões. (...) O crescimento dos postos de trabalho, porém, foi insuficiente para absorver os trabalhadores que chegam anualmente ao mercado de trabalho em busca do primeiro emprego, 40 milhões por ano, segundo a OIT, em relatório de 2015, além daqueles que estão desempregados” (MATTOS, 2019, p. 74).

É preciso observar estes problemas com atenção e paciência histórica. O poder de fixar o lícito e o ilícito, do Estado sobre as relações de trabalho, exerce-se com força crescente. Operam-se novas normatizações legislativas, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, em ritmo desmedido e acelerado de decretos, medidas provisórias, leis. O Poder Judiciário também modifica compreensão sobre constitucionalidade de novas e velhas leis, de decisões judiciais consolidadas que proibiam o aumento da exploração e da sua própria compreensão do Estado. Vê-se, assim, que o Estado, por meio dos três poderes, não saiu de cena, mas sim agiu continuamente sobre a regulação do trabalho e do contrato de trabalho, para operar metamorfoses e transições de formas jurídicas³, com a crueza e violência próprias da crise estrutural do capital⁴.

Na perspectiva de Mészáros (2011a, p. 545; 2011a, p. 632; 2011a, p. 681 e 682), a crise estrutural não se caracteriza como um “colapso da ordem social”, mas como

³ Em texto na primeira edição da Revista *Crítica do Direito*, Carlos Simões defende a necessidade de transitar da análise jurídica do fenômeno sociológico para a análise sociológica do direito: “(...) como dizem os clássicos do direito tributário: a obrigação é a forma jurídica de um crédito e este sua forma econômica. Mas essa metamorfose não nos fornece a gênese do direito do trabalho, pois na circulação os direitos apenas alteram sua forma e se modificam. Este é, aliás, o limite da concepção jurídico-mercantil de Pachukanis. (...) Trata-se de superar as metamorfoses do direito e incidirmos sobre sua produção, a fim de reconstruirmos os rudimentos do padrão normativo da transformação da força-de-trabalho, como trabalho vivo, em valor morto sob propriedade alheia – o valor cristalino do direito configurado no direito à mais-valia; a que corresponde a superação da análise jurídica do fenômeno sociológico pela análise sociológica do direito” (SIMÕES, 1980, p. 27).

⁴ Adota-se a compreensão da crise estrutural do capital formulada por István Mészáros (2011a). Conforme o autor húngaro, a crise fundamental ou estrutural não é apenas uma crise cíclica, mas um novo arranjo de funcionamento do capitalismo, um *continuum depresso* (MÉSZÁROS, 1996, p. 138), que amplia a possibilidade de desenvolvimento das forças produtivas: “Nesse aspecto, não é indiferente se uma crise conduz a uma quebra e um colapso totais da ordem social em questão – cujas forças produtivas obviamente não podem mais se desenvolver nos seus limites – ou se, sob o impacto de uma crise *maior*, novas modalidades de funcionamento forem introduzidas a fim de prevenir aquela quebra. Uma vez, contudo, que tais mudanças são introduzidas, elas se tornam partes integrantes mais ou menos conscientemente adotadas de um novo conjunto de relações ‘híbridas’, deste modo redefinindo radicalmente os termos em que se pode considerar a crise *fundamental* (ou seja, não apenas ‘periódica’) subsequente. É por isso que os novos ajustamentos ‘híbridos’ ampliaram significativamente o potencial de desenvolvimento contínuo das forças produtivas no interior da estrutura estabelecida, impondo assim a necessidade de um profundo reajuste nas estratégias do adversário” (MÉSZÁROS, 2011a, p. 545). Também importa assinalar o crescimento da crise em termos de mundialização do capital, como afirma o autor: “Ao contrário, dadas as premissas e os imperativos operacionais necessários do capital como um modo de controle, tudo o que o sistema poderia realizar seria transformar uma das suas crises periódicas mais ou menos temporárias e conjunturais em uma crise estrutural crônica, afetando diretamente, pela primeira vez na história, toda a humanidade” (MÉSZÁROS, 2011a, p. 632). Nessa situação, o capital não fornece mais possibilidades de participação relativa no produto social total ou ganhos defensivos, mas apenas opera no sentido de controle social: “A situação se modifica radicalmente, contudo, no momento de uma crise estrutural, quando então o capital não está mais em posição de fazer concessões que possam, simultaneamente, transformar-se em vantagens para si próprio. Em tais momentos o confronto social se refere à questão do controle em si, e não meramente à participação relativa no produto social total que caberá às classes em luta (...) Sendo assim, sob as condições de uma crise estrutural, ganhos defensivos – normalmente bem acomodados nas margens do lucro em expansão – não são mais viáveis, e o objetivo da confrontação social se modifica radicalmente para contestar a alternativa hegemônica entre capital e trabalho na qualidade de modos diametralmente opostos de controle da reprodução social.” (MÉSZÁROS, 2011a, p. 681 e 682).

uma *crise* cada vez *maior*, em que novas modalidades de funcionamento do capitalismo inserem um conjunto de relações “híbridas”. A hibridização⁵ condiciona crescentemente o potencial de desenvolvimento das forças produtivas e provoca a necessidade de reajustamento das estratégias das classes fundamentais, pois o Estado já não comporta a participação social do trabalho no conjunto da produção social e rejeita explicitamente os ganhos defensivos da classe trabalhadora.

A crise do contrato de trabalho não é um fim ou um colapso do Direito do Trabalho. Como se buscará demonstrar, as novas modalidades de funcionamento do capitalismo demandaram e têm implementado um conjunto de transformações na racionalidade jurídica, seja aquela identificável nos tribunais, sejam as modalidades contratuais permitidas, previstas, desenhadas institucionalmente pela Consolidação das Leis do Trabalho, como o contrato intermitente, o contrato verde e amarelo, o contrato hipersuficiente, o contrato terceirizado, entre outros.

Significa observar que o Estado brasileiro se encontra em expansão, ainda que não seja em um sentido esperado ou desejado⁶. A crise do contrato de trabalho é uma dimensão de uma crise estrutural, em que o questionamento de um certo *pacto* político pode ser observado a partir da dinâmica própria da substancial transformação pela qual passa o just trabalhismo. Daí decorre que a crise se torna mais do que um evento ou um conjunto de acontecimentos, eis que se expressa como processualidade, permanente e crescente, em que novos ajustamentos demonstram o fortalecimento da função estatal de controle social.

⁵ O conceito de hibridização foi proposto, por Azaïs (2003; 2012) como categoria teórica apta a fornecer elementos para a compreensão da multiplicação e da segmentação do contrato de emprego: “Ela [hibridização] se manifesta através de uma multiplicidade e uma variedade de contratos de trabalho para uma mesma atividade. (...). A hibridização faz referência a formas aleatórias e incertas. Ao remeter à multiplicação dos tipos de contratos de trabalho, ela traduz a diferenciação no mercado de trabalho” (AZAÏS, 2012, p. 189). A hibridização, no sentido recepcionado nesta tese, corresponde a uma situação de imprecisão e insuficiência jurídica na abordagem da multiplicação e complexidade das formas de inserção no trabalho. Como explicam Carleial e Azaïs (2007): “A hibridização é consubstancial da multiplicação dos contratos de trabalho. ‘Opor um trabalho dependente a um trabalho independente é totalmente insuficiente para captar a multiplicidade e a complexidade das formas de inserção no trabalho’ (Azaïs, 2006). Tal constatação sublinha a pluralidade dos contratos de trabalho e participa de certa imprecisão jurídica na qual os indivíduos em situação de trabalho estão engajados” (CARLEIAL; AZAÏS, 2007, p. 409).

⁶ No período recente, o Estado diminuiu seu poder de fiscalização e mesmo infusão de regras públicas no contrato, de maneira geral. O aumento, portanto, ocorre apenas em algumas áreas, como se desenvolverá no Capítulo 3.

Para compreender o efetivo sentido de contraturalidades híbridas, é preciso afirmar que a contraturalidade é o instrumento, de natureza jurídica *privada*⁷, em que se operam as liberdades individuais e coletivas do trabalho. Trata-se, por definição e concretude referente ao direito dos contratos, da corporificação da relação de trabalho em instrumentos documentais intransparentes. Estes pactos invisíveis, para retomar e expandir para o campo juslaboral a expressão de Gediel (2008) sobre o acordo de vontades privado, são *inacessíveis ao debate público*, mas seus efeitos jurídicos geram força de lei entre trabalhador e empregador. No contrato, eles se tornam *sujeitos* da relação de emprego.

O contrato, então, é forma jurídica que interage no conflito trabalhista, de modo a obturá-lo, recosturá-lo, traduzi-lo em um certo horizonte de expectativas permitido ao trabalhador, sobre seu presente e sobre seu futuro. Supiot assinala que compreender o contrato de trabalho como fonte de antinomias não requer ir até a realidade fática da desigualdade econômica das partes no contrato. A teoria do contrato de trabalho já expressa essas contradições, ao estabelecer para a trabalhadora e para o trabalhador a possibilidade de algo como uma “subordinação livremente consentida” (SUPIOT, 2016, p. 148), conceito central do Direito do Trabalho e que merece revisitação teórica.

Do ponto de vista da história do pensamento jurídico, surgiram duas teses para verificação da existência de um contrato de trabalho em determinada relação social, a partir da noção de subordinação do empregado ao empregador: uma primeira, no sentido de que a subordinação se caracterizaria pela dependência econômica⁸, referente a uma *situação*; uma segunda, de que seu elemento qualificador seria a dependência às ordens ou à autoridade do empregador e, portanto, referente a uma *relação* (SUPIOT, 2016, p. 153). No direito europeu, determina-se a subordinação pela hierarquia, e não pela

⁷ A tradição da dogmática juslaboral, como se colhe na definição de Maurício Godinho Delgado (2019, p. 357), compreende “natureza jurídica” como a busca por uma classificação ou definição de determinada categoria jurídica.

⁸⁸ No Brasil, esta tese é consistentemente defendida por Murilo Sampaio Oliveira (2019). Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1995, p. 131 e 132) diferenciam subordinação jurídica e dependência econômica da seguinte forma: “(...) na subordinação jurídica se trata de um direito geral de fiscalizar a atividade de outrem, de interrompê-la ou suscitá-la à vontade, de lhe traçar limites sem que seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados, concluindo, incisivamente, que a direção e a fiscalização são os dois pólos da subordinação. (...) Por dependência econômica entende-se a condição de alguém que, para poder subsistir, está dependendo exclusivamente ou predominantemente da remuneração que lhe dá a pessoa para quem trabalha”. Os autores lembram, ainda, um terceiro critério: o da dependência social, defendido por Oliveira Vianna (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 136).

desigualdade; ou seja, admitiu-se a segunda tese (subordinação *jurídica*), no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia⁹.

A discussão sobre as obrigações decorrentes do contrato, assim, foi conduzida por debates acerca da limitação ao arbítrio do empregador, denominado geralmente *poder empregatício*¹⁰ (DELGADO, 2019, p. 790), que permite a construção da figura conceitual crítica do *poder punitivo trabalhista* (COUTINHO; ARAÚJO, 2016, p. 137; COUTINHO, 2016, p. 228)¹¹. Uma interessante perspectiva é apresentada por João Bernardo (2009), para quem o empregador é *governante, legislador, polícia, juiz e carrasco* no âmbito da empresa. o que levaria ao reconhecimento de que são os poderes do Estado, ampliados, que justificam tal supremacia empresarial¹².

A observação deste poder e de suas formas de manifestação não é possível mediante a análise do instrumento do contrato de trabalho, pois é comum que o contrato seja verbal ou ainda que o instrumento contratual corresponda a um modelo genérico, utilizado pelo empregador apenas para fins formais ou, até mesmo, fraudulentos. O Direito do Trabalho construiu, nesse sentido, o princípio da primazia da realidade (TORRES, 2010¹³), segundo o qual a relação trabalhista realmente existente é contrato

⁹ Supiot (2016, p. 150) cita trecho do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias: “A característica essencial da relação de trabalho é o fato de que uma pessoa cumpre, durante um certo tempo, em favor de outra e sob a direção desta, prestações em contrapartida das quais recebe uma remuneração”.

¹⁰ Incluem-se no poder empregatício o poder diretivo, o poder regulamentar, o poder fiscalizatório e o poder disciplinar (DELGADO, 2019, p. 791).

¹¹ Aldacy Coutinho (2016, p. 228) apresenta precisa definição de poder empregatício e poder punitivo: “(...) o empregador é um centro de imputação de poder: poder de organização, poder diretivo em sentido amplo do qual decorrem os poderes de regulamentação, de direção, comando, fiscalização e punitivo. De natureza nuclear, complexa e multifacetária, vem relacionado ora com a liberdade de iniciativa da empresa, ora com o sistema das relações laborais, ora com a estrutura contratual por onde transita, ora com a organização econômica produtiva. Distintas abordagens, diferentes olhares, múltiplas perspectivas levam a uma única realidade: quem manda, as razões para comandar e quem obedece, as razões para obedecer. Em geral, o poder disciplinar, sancionador – como se queira nominá-lo – é o poder que detém o empregador de unir, aplicando medidas disciplinares/sancionatórias/punitivas a empregados em decorrência de infrações cometidas; está funcionalizado, sendo apresentado em geral como inafastável, enquanto instrumento de efetividade ou eficácia das demais formas de revelação de poder; daí decorre sua posição instrumental ou acessória em relação aos demais poderes [do empregador], sobretudo ao poder diretivo em sentido amplo”.

¹² “O nível do político é o Estado entendido como aparelho de poder das classes dominantes. Sob o ponto de vista dos trabalhadores, esse aparelho inclui as empresas. No interior de cada empresa, os capitalistas são legisladores, superintendem as decisões tomadas, são juízes das infrações cometidas, em suma, constituem um quarto poder inteiramente concentrado e absoluto, que os teóricos dos três poderes clássicos no sistema constitucional têm sistematicamente esquecido, ou talvez preferido omitir. (...) Governante, legislador, polícia, juiz e carrasco — é esta a multiplicidade de funções do capitalista no interior da empresa. A este aparelho, tão lato quanto o são as classes dominantes, chamo Estado Amplo. O Estado A é constituído pelos mecanismos da produção de mais-valia, ou seja, por aqueles processos que asseguram aos capitalistas a reprodução da exploração” (BERNARDO, 2009, p. 176 e 177).

¹³ Esther Torres (2010) destaca que os tribunais europeus estabeleceram o princípio da primazia da realidade, para considerar que quando a fórmula contratual exige regime de dependência, alienação de riscos e de benefícios, tem-se um contrato de emprego, independentemente do nome que as partes deem

de trabalho e prevalece àquela declarada pelas partes, ainda que a declaração seja realizada por meio de documento escrito.

Este critério, de maneira geral, é utilizado para requerer ao Poder Judiciário que reconheça as relações reais de trabalho como contrato de trabalho, entre empregado e empregador, apto a gerar obrigações recíprocas trabalhistas. Ou seja, longe de afastar a natureza jurídica privada do contrato, a judicialização a confirma.

Decorrem do contrato de trabalho inúmeras relações jurídicas obrigacionais de fazer e de não fazer, que consomem energia e tempo do trabalhador, sem apreensão pelo registro formal, ainda que decorram de comandos e ordens dadas pelo empregador e cumpridas pelo empregado. Ou seja, uma submissão cuja legitimidade se encontra no poder legalmente estabelecido e que repercute no contrato de trabalho, de forma difusa e quase imperceptível.

Introduzir o tema da tese consiste, fundamentalmente, em oferecer uma explicação do que sejam as contratualidades híbridas, para explorar os sentidos a ela atribuídos pela dogmática jurídica, em um cenário de crise econômica do sistema sociometabólico do capital¹⁴ (MÉSZÁROS, 2011a).

ao contrato. “De qualquer forma, vale lembrar que, em inúmeras ocasiões e apesar dessa tendência, os tribunais europeus (inclusive os da Espanha) repetiram que os *nomen iuris* que as partes dão à sua relação contratual ou à aparência externa com a qual esse contrato é apresentado são completamente irrelevantes para determinar a verdadeira natureza do contrato de trabalho. Contratos e relacionamentos ou vínculos são o que são e não o que as partes querem que sejam, nem o que parecem ser. Como tal, não importa qual a fórmula utilizada, se a relação contratual exigir a prestação de serviços por meio de um regime de dependência e alienação de riscos e benefícios, ela deverá ser considerada emprego assalariado” (TORRES, 2010, p. 235, *tradução livre*). Trecho traduzido: “At any rate, it is worth remembering that, on numerous occasions and despite this trend, European courts (including those in Spain) have repeated that the *nomen iuris* the parties give their contractual relationship or the external appearance with which this contract is presented are completely irrelevant to determine the true nature of the labor contract. Contracts and the relationships or bonds are what they are and not what the parties want them to be nor what they appear to be. As such, no matter what the formula used, if the contractual relationship requires carrying out services through a regime of dependency and alienation from risks and benefits, it needs to be considered salaried employment” (TORRES, 2010, p. 235).

¹⁴ Ricardo Antunes (2011) explica o conceito de sistema sociometabólico do capital, de Mézáros, como aquele cujo núcleo é formado pelo tripé capital, trabalho assalariado e Estado: “O sistema sociometabólico do capital tem seu núcleo central formado pelo tripé capital, trabalho assalariado e Estado, três dimensões fundamentais e diretamente inter-relacionadas, o que impossibilita a superação do capital sem a eliminação do conjunto dos três elementos que compreendem esse sistema. Não é suficiente, portanto, segundo Mézáros, eliminar um ou mesmo dois dos polos do sistema sociometabólico do capital, mas é imperioso eliminar os seus três pilares” (ANTUNES, 2011, p. 11). Sobre o conceito de capital, problematiza Virgínia Fontes (2010, p. 41): “Nos dias atuais, o termo capital parece óbvio ao senso comum, como sinônimo imediato de dinheiro. Refere-se, entretanto, a um dinheiro especial, que se transforma em algo que produz mais dinheiro, ou seja, capital. A definição, de evidente, revela-se circular e tortuosa. Dinheiro, de maneira imediata, não é capital. Ora, que processo permite tal metamorfose? É possível isolar uma situação específica e analisar singularmente um ciclo da produção de lucro, ou ciclo de atividade do capital, ou ainda, de extração de mais-valor. Este ciclo depende da utilização (por contrato, gerando relações formais ou não, por salário mensal, por peças, tarefa ou ainda outros tipos de ajuste) da

Tradicionalmente, entendia-se como contrato *tipicamente* trabalhista, base do Direito do Trabalho, o acordo escrito ou verbal entre empregador e empregado, com objetivo de constituir uma relação de trabalho, de período integral, por prazo indeterminado. Assim descreve Agata Ludera-Ruszel (2016, p. 407, *tradução livre*):

Tradicionalmente, o direito do trabalho é baseado em um contrato de trabalho em período integral por tempo indeterminado. Um contrato de trabalho por tempo indeterminado é considerado a forma básica de emprego, que é mais consistente com a função protetora da lei trabalhista, concedendo aos funcionários a mais ampla gama de direitos e escopo de proteção da relação de trabalho. Outras formas de emprego, como trabalho a tempo parcial, contrato a termo certo, trabalho temporário, trabalho de plantão, teletrabalho, contrato de aprendizagem, são consideradas atípicas em contraste com o contrato de trabalho "típico" por tempo indeterminado e de tempo integral¹⁵.

Desde os anos 1980, relata-se o crescimento de formas atípicas de emprego em países como Holanda, Alemanha, Polônia, Itália, Grã-Bretanha e Dinamarca. Na Dinamarca e na Holanda, respectivamente, as formas atípicas de emprego chegaram a mais de um terço e mais da metade dos empregados, como relata Ludera-Ruszel (2016, p. 408). Supiot (2016) descreve um movimento de unificação e diversificação do contrato de trabalho, como fenômeno que ocorre em toda a Europa e atinge sistemas jurídicos que tradicionalmente adotam uma concepção unificada de contrato de trabalho, como Alemanha, Espanha, França e Portugal, e de países que adotam a tradição de construção de estatutos especiais, como Dinamarca e Reino Unido.

Como resultado, têm-se “novas fontes de fragmentação jurídica” no mundo do trabalho: “(...) em baixo, pelo desenvolvimento do trabalho atípico, e em cima pela aparição dessa figura curiosa que é o dirigente assalariado” (SUPIOT, 2016, p. 47). Em uma perspectiva comparada entre Brasil e França, Carleial e Azaïs (2007) observaram que a natureza da hibridização entre os contratos laborais é muito diversa nos dois países¹⁶, em especial pela elevada proporção de informais em relação ao conjunto da

força de trabalho por um proprietário ou controlador dos meios de produção, que produz mercadorias e, ao vendê-las no mercado, realiza um lucro”.

¹⁵ Trecho traduzido: “Traditionally, labor law is based on a full-time employment contract for an indefinite period. An indefinite-term employment contract is considered to be the basic form of employment, which is most consistent with the protective function of labor law, granting employees the widest range of rights and scope of protection of the employment relationship.’ Other forms of employment, such as part time work, fixed-term contract, temporary agency work, labor on-call contract, telework, apprenticeship contract, are considered to be atypical in contrast to the “typical” indefiniteterm and full-time employment contract” (LUDERA-RUSZEL, 2016, p. 407).

¹⁶ Os autores mostram como, apesar do avanço do neoliberalismo nos países do Norte do Sul, a participação relativa dos salários no PIB segue bastante contrastante. No Brasil, nos anos 1970, a

população economicamente ativa no Brasil, contrastante à da França¹⁷. Ainda assim, a categoria teórica é portadora de uma dimensão estruturante duradoura, como espaço de gestão da heterogeneidade própria do mercado de trabalho atual¹⁸. Ressalta, portanto, a exigência de repensar as fronteiras do assalariamento¹⁹.

Os tipos especiais de contratos trabalhistas não são apenas uma desregulamentação do contrato de emprego, mas mais propriamente sua flexibilização, no sentido da distinção estabelecido por Süsskind (2001), com novidades decorrentes do tempo histórico e do nível de reorganização do mundo do trabalho. Este movimento ocorre de forma inédita e em velocidade dinâmica no Brasil após a Constituição Federal de 1988, com criação sucessiva de novas modalidades contratuais.

As preocupações de pesquisa são conduzidas pela desconfiança e inquietude em relação ao poder legalmente estabelecido para o empregador, um direito de propriedade adaptado ou voltado a incidir sobre sujeitos da relação jurídica²⁰, e não sobre coisas, para atender interesses que demandam a conciliação entre segurança da propriedade e submissão da vontade.

Legalmente institucionalizado, o poder empresarial se encontra em expansão e busca não apenas afirmar livre a vontade individual submetida, no contrato individual do trabalho, mas também definir, distorcer, enquadrar juridicamente a vontade coletiva

participação dos salários chegou a 44% do PIB; em 2003, era de 35%. Também nos anos 1970, nos Estados Unidos, a participação era de 70%; na França, de 73,6%; no Reino Unido, de 75%. Em 2004, essa participação passou, respectivamente, para 66,4%, 66% e 73,9% do PIB. Ou seja, a participação dos salários no PIB cai consistentemente nos países, mas as diferenças entre Norte e Sul são notáveis (CARLEIAL; AZAÏS, 2007, p. 405).

¹⁷ Sobre a hibridização no caso brasileiro, descrevem os autores: “A hibridização no caso brasileiro pode ser ilustrada pela ampliação da presença de contratos de trabalho atípicos, entendidos como contratos que fogem do padrão de contratação por tempo indeterminado de um só patrão. As formas atípicas mais usuais são: contratos por tempo determinado, contrato de safra, contrato por empreitada, contrato por experiência, estágio. Além disso, Krein (2007, p.105) chama a atenção para a necessidade de agregar a esses exemplos a facilidade de o empregador romper unilateralmente o contrato de trabalho, as ocorrências de relação de emprego disfarçadas pela contratação de pessoa jurídica individual, a terceirização, a subcontratação e ainda as cooperativas de trabalho” (CARLEIAL; AZAÏS, 2007, p. 411).

¹⁸ “O conceito de hibridização qualifica a presença de zonas cinzentas, de zonas vagas, difusas no assalariamento, que tornam foscas as suas fronteiras. É minha hipótese que as zonas cinzentas são espaços de gestão da heterogeneidade própria do mercado de trabalho atual e são portadoras, portanto, de uma dimensão estruturante duradoura” (AZAÏS, 2012, p. 177).

¹⁹ “Sob o ângulo das mutações recentes do trabalho e da redefinição do que o autor define como as fronteiras do assalariamento, abre-se um conjunto de questões e questionamentos que exigem outro aparato conceitual e outros parâmetros para lidar com o deslocamento e o embaralhamento das fronteiras do legal e ilegal, do formal e informal. (...) insistir nessas dicotomias significaria deixar na sombra as configurações emergentes, atravessadas por situações intermediárias, verdadeiras zonas cinzentas, que colocam desafios empíricos e teóricos consideráveis. Fundamentalmente, são situações que colocam a exigência de se repensar as fronteiras do assalariamento” (TELLES; KESSLER; AZAÏS, 2012, p. 18).

²⁰ Poder diretivo do proprietário empresário se dirige ao tempo, ao corpo, à identidade, à sexualidade, e não simplesmente a uma “coisa externa” do trabalhador, como se desenvolverá.

precarizadora do trabalho, sintetizada na fórmula jurídica da prevalência do negociado sobre o legislado. A crise atual enfrentada pelo Direito do Trabalho pode ser analisada a partir do contrato de trabalho, vista pelas suas técnicas, ardis, e imposição de invisibilidades. Este é o percurso teórico da tese.

Naturalmente privado, sem acesso ao controle social, crescentemente incontrolável, potencialmente fraudulento quando exposto perante o Poder Judiciário, o itinerário da relação trabalhista contratualizada deixa marcas na memória subjetiva individual e coletiva do trabalho. Por isso, quanto mais forte se tornam as possibilidades de moldagem das formas contratualizadas, maior é a permissividade de um poder punitivo trabalhista se instalar nos interstícios *camuflados* dos poderes do contrato. A tarefa dos juristas críticos não pode ser outra, senão a de dar visibilidade a esse processo e à multiplicidade contraditória de dimensões que merecem ter seu sentido imanente explorado.

A crise do contrato de trabalho representa, portanto, o avanço do capital sobre a personalidade da *classe-que-vive-do-trabalho*²¹, com expansão de ilegalidades destrutivas de horizontes de expectativas de vida e imposição de penosidade no cotidiano laboral. A resposta dos justtrabalhistas a este aparente caos legislativo e à multiplicação selvagem dos contratos deve ser comprometida com a verdade concreta do processo de trabalho.

A análise de documentos jurídicos e a expressão concreta da rebeldia das trabalhadoras sobre o conflito laboral está latente no contrato, mas aparece timidamente em alguns manuais de direito do trabalho e invertida nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Esta tese se preocupa em trazer elementos empíricos sobre o trabalho no Brasil, com manifestações de trabalhadoras que apontam para aspectos do contrato de trabalho não explorados pela análise jurídica tradicional.

Vislumbrar e observar o escondido da relação de trabalho contratualizada, formular problemas concretos e teóricos para a compreensão do contrato de trabalho, oferecer um sentido dialético à multiplicação legislativa de atipicidades e hibridismos contratuais: todos esses objetivos decorrem da natureza jurídica do contrato de trabalho e, contra ela, oferecem visibilidade a discriminações, diferenciações e uma série de violências privadas do capital.

²¹ A expressão *classe-que-vive-do-trabalho* foi cunhada por Antunes (2009), em resposta às teorias que afirmavam o fim do trabalho na década de 1980.

II. Crise econômica: contratos por toda parte

As recentes alterações legislativas e jurisprudenciais, a respeito do contrato de trabalho, fortalecem a ambiguidade deste conceito jurídico. Há contratos por toda parte, no sentido de que essa forma jurídica se amplia para designar um conjunto maior de realidades legitimadas pelo direito, que conduzem a “grandes trampolins de predação, fraude e roubo”, como se tornaram o sistema de crédito e o capital financeiro, na perspectiva de Harvey (2005, p. 122).

As espoliações²² contratuais da trabalhadora e do trabalhador são um movimento de devolução ao domínio privado de comportamentos e práticas antes reguladas por normas de ordem pública, de observação obrigatória pelos contratantes. Em outras palavras, como se tentará demonstrar, as modalidades e cláusulas lícitas de contratualidades juslaborais se diversificam, expandem-se, tornam-se centro das novas disputas sobre as liberdades individuais e coletivas do trabalho, nas quais a violência e a dominação são normalizadas.

Ainda assim, trata-se de uma aposta arriscada para o capital, pois a opção pela construção de um novo modelo juslaboral provoca dúvidas e desconfiças, que acompanham o adoecimento e a frustração de trabalhadores, na forma de revoltas e rebeldias do trabalho. A modificação de institutos, princípios e procedimentos de combate a fraudes trabalhistas fazem avançar a noção de um desenho institucional discriminatório do trabalho, passível de observação na própria legislação e em decisões judiciais. Esta tese fornece visibilidade a traços deste desenho discriminatório.

Nesse sentido, um contrato está longe de ser apenas o que os sujeitos decidem; é sempre conforme ou não ao que o Estado regula como lícito, em determinado país. A

²² Em “O novo imperialismo”, David Harvey denomina acumulação por espoliação o processo pelo qual o Estado impõe a devolução ao domínio privado de direitos que eram entendidos, antes, como de “domínio comum”, como os direitos de aposentadoria, propriedade intelectual, material genético, recursos ambientais globais (terra, ar, água), da criatividade intelectual, além dos direitos referentes ao ambiente natural (HARVEY, 2005, p. 122 e 123). A expressão foi elaborada para destacar o duplo aspecto da acumulação no período da hegemonia neoliberal. Trata-se de conferir destaque aos “furtos legitimados”, neste período histórico, diferenciando-o da acumulação expandida, possibilitada pela expropriação, como prevista por Marx. A diferença entre os aspectos da expropriação e da espoliação pode ser observada a partir da aparente contradição entre “criar” espaços de acumulação e “destruir” espaços já abertos: “(...) a implicação disso é que a acumulação primitiva que abre caminho à reprodução expandida é bem diferente da acumulação por espoliação, que faz ruir e destrói um caminho já aberto” (HARVEY, 2004, p. 135). Este fazer ruir, no entanto, não é um “colapso”, mas um crescimento da crise estrutural, no sentido de Mészáros (2011a; 2011b). Para uma abordagem que diferencie o conceito de acumulação por espoliação e o conceito de expropriações secundárias (FONTES, 2010, p. 44), veja-se Gediel e Mello (2017).

expansão ou mutação contratual só subsiste quando autorizada e estimulada por determinado modelo de regulação do trabalho.

No caso de Constituições rígidas como a brasileira, direitos fundamentais individuais são cláusulas pétreas²³. Não haveria motivo, portanto, para discutir como os direitos fundamentais sociais à relação de emprego protegida temporal e espacialmente (CRFB/1988, art. 7º, I²⁴) e à não discriminação na relação de trabalho (CRFB/1988, art. 3º, IV, art. 7º, XXX, XXXI e XXXII²⁵) poderiam ser atacados, sob pena de infringir o princípio de vedação do retrocesso social (SARLET, 2006; SARLET, 2009; CANOTILHO, 1998; COUTINHO, 2017b). Torna-se incontornável, portanto, relacionar contrato, Estado e leis, para compreender o que houve no Estado para modificar o contrato, sem alterar o dispositivo normativo constitucional a ele referente.

A crise do contrato de trabalho é uma das dimensões da crise constitucional e do Estado de Direito. Conhecer a forma de intervenção estatal nos contratos de trabalho permite ler criticamente documentos legais e infralegais, para compreender como regulam a intervenção do Estado nas relações sociais. A disponibilização à circulação dos direitos do trabalho assume a função de reorganização da própria luta pelos direitos no local de trabalho, ao inserir novos tensionamentos às negociações coletivas trabalhistas, orientadas pela prevalência do negociado sobre o legislado.

Um conjunto considerável de fontes empíricas indica a pertinência de sugerir novos caminhos para a compreensão teórica das liberdades contratuais exercidas por sujeitos trabalhadores e do objeto da relação obrigacional trabalhista²⁶. Esta tese ocupa-

²³ Uma Constituição rígida, em contraposição às Constituições *flexíveis*, é aquela cujas disposições normativas possuem maior dificuldade de alteração. Em alguns casos, há um conjunto de normas cuja modificação é proibida, durante a vigência da Constituição. A esse último conjunto Pietro Costa atribui a denominação “princípios indecíveis”. No Brasil, adota-se a expressão “cláusulas pétreas”.

²⁴ CRFB/1988, “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

²⁵ CRFB/1988, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

²⁶ Um objeto contratual, na definição de Karl Larenz (1978, p. 369 e 370, *tradução livre*), define-se da seguinte forma: “O termo ‘objeto’ designa em seu significado mais geral o que ‘se opõe’ à pessoa como

se de oferecer sentido às contradições da crise do contrato de trabalho. O conceito de *ilegalidades expandidas* é formulado com o objetivo de observar o sentido imanente da crise do contrato, que se expressa na expansão da violência do capital e do Estado sobre trabalhadoras e trabalhadores.

Esta formulação conceitual permite a organização do material de pesquisa: o Estado brasileiro elaborou um desenho institucional discriminatório no âmbito do Direito do Trabalho, em razão da expansão do poder de ilegalidade do Estado²⁷. Esta ilegalidade deve ser vista como uma forma de *expansão destrutiva* do Estado, da qual o Direito do Trabalho, com centralidade no tema das contratualidades, tem sido instrumento regulatório.

Debater trabalho, pela sua centralidade na vida social, exige relacioná-lo à economia e à política, em um momento de taxa decrescente do valor de uso (MÉSZÁROS, 2011; ANTUNES, 2011). Os representantes governamentais do que vem sendo denominado *neoliberalismo autoritário* (BOFFO; SAAD FILHO; FINE, 2019) são, invariavelmente, governos da barbárie do trabalho e articulam o neoliberalismo ao neoconservadorismo (BROWN, 2019).

A regulação social da “sociedade dos adoecimentos de trabalho” (ANTUNES, 2018) tem como característica a afirmação da licitude do acordo de vontades, por meio do contrato, ao mesmo tempo em que anuncia o rompimento com o patamar civilizatório mínimo de direitos, para lembrar uma expressão de Godinho (2019) referente aos direitos de indisponibilidade absoluta (ROMITA, 2017, p. 81 e 82²⁸).

sujeito cognoscente e para o qual sua consciência pode dirigir-se como algo previamente encontrado, dado a ela, como é habitual, especificamente. [...] No entanto, o significado fundamental do 'objeto' em oposição ao sujeito também está contido no conceito de objeto de direito, desde que entendido como algo diferente da própria pessoa e que esteja disponível para ela, de alguma forma, de acordo com a lei, isto é, está sujeita à determinação de sua vontade". Trecho traduzido: “El término 'objeto' designa en su significado más general lo que 'está opuesto' a la persona como sujeto cognoscente, y hacia lo cual su conciencia puede dirigirse como algo previamente hallable, dado a aquélla, como es habitual, especificamente. [...] Ello no obstante, el significado fundamental del 'objeto' como lo contrapuesto al sujeto está asimismo contenido en el concepto del objeto de derecho en tanto que por éste se entienda un 'algo diferente de le persona misma y que está disponible para ella de algún modo según el Derecho, esto es, está sujeto a la determinación de su voluntad" (LARENZ, 1978, p. 369 e 370).

²⁷ O conceito “poder de ilegalidade”, como será descrito, é da lavra de Mészáros. Toma-se a liberdade de utilizar o termo de forma livre, pela afinidade teórica com as formulações gerais do autor húngaro e pelo fato de ainda não ter sido publicado seu livro sobre o Estado, que certamente contribuirá para a estruturação conceitual mais fiel às ideias de Mészáros. Nesta tese, entende-se que o poder de ilegalidade deve ser visto como uma ilegalidade que se expande, tendência espoliativa que não nos parece ter sido afirmada ou negada pelo autor, mas que explica de maneira razoável o crescimento da ilegalidade operada juridicamente pelo Estado, por meio da lei.

²⁸ “Os direitos fundamentais dos trabalhadores (portanto, direitos indisponíveis em caráter absoluto, insuscetíveis de renúncia mesmo em sede coletiva) são os seguintes: – direitos da personalidade (honra, intimidade, imagem); – liberdade ideológica; – liberdade de expressão e de informação; – igualdade de

O Direito do Trabalho é área da ordem jurídica central na agenda de modificações realizadas por governos autoritários, que se instalam em vários países e propõem políticas de austeridade, em especial a partir da crise de 2007 e 2008²⁹. Tem-se uma virada neoliberal do autoritarismo político, na qual o Estado não saiu de cena, mas sim passou a intervir de forma inédita, em especial a partir da crise do sistema imobiliário e financeiro³⁰, da qual decorre uma estagnação secular (BOFFO; SAAD FILHO; FINE, 2019; MESZÁROS, 2011, p. 250; LETIZIA, 2012; MALTA; LEÓN, 2017; MALTA, 2019; BROWN, 2019).

O neoliberalismo deve sua originalidade não apenas à definição de um novo regime de acumulação, mas mais precisamente à efetivação de uma nova sociedade, com um conjunto de modificações no Estado, na economia e na ideologia social, razão pela qual é razoável afirmar, desde uma certa leitura sobre o trabalho, que o Brasil tem se tornado um laboratório no qual são testadas as novas configurações do neoliberalismo autoritário em nível global, como afirmou Safatle (2019).

Observa-se, portanto, a reconfiguração da regulação jurídica das liberdades fundamentais do trabalho no Brasil. Problematicam-se a existência de liberdade e discriminação em diferentes atos realizados por força da obrigação do contrato ou nos momentos de sua celebração e extinção. Tem-se como objeto, portanto, um tema cujos diferentes momentos e expressões são tomados como mediações concretas, cuja

oportunidades e de tratamento; – não discriminação; – idade mínima de admissão ao emprego; – salário mínimo; – saúde e segurança do trabalho; – proteção contra a despedida injustificada; – direito ao repouso (intervalos, limitação da jornada, repouso semanal e férias); – direito de sindicalização; – direito de representação dos trabalhadores e sindical na empresa; – direito à negociação coletiva; – direito de greve; e – direito ao ambiente de trabalho saudável” (ROMITA, 2017, p. 81 – 82).

²⁹ Boffo Saad-Filho e Fine (2019, p. 01) identificam o fortalecimento do neoliberalismo autoritário no âmbito da política internacional relacionando a crise econômica à realização de eleições mais ou menos censuráveis (Argentina, Hungria, Índia, Itália, Polônia), golpes judiciais-parlamentares (Brasil, Honduras, Paraguai), abuso de prerrogativas constitucionais (Turquia) e golpes militares (Egito e Tailândia).

³⁰ Letizia (2012, p. 18 e ss.) descreve que, na crise de 1873 a 1894, bem como na crise de 1930 estadunidense, o salário real aumentou regularmente, com a emigração de trabalhadores para países periféricos, em contraste direto com a crise atual, na qual os salários são empurrados para baixo e há investimento estatal direto para salvar empresas e “conter desemprego”. “Na prática, houve estatização de uma parte do sistema financeiro, mas deliberadamente limitada, de modo a preservar a propriedade privada das instituições financeiras salvas.” (LETIZIA, 2012, p. 18). Descreve o autor: “O que aconteceu no final de 2008 é que o sistema financeiro simplesmente tornou-se incapaz de continuar funcionando sem ajuda estatal direta, ao se revelar a inconsistência de grande parte dos direitos expressos nos títulos que remuneram sua atividade. E, naquele momento, os estados capitalistas, em vez de se restringirem à sua função oficial de proteger os direitos dos cidadãos, deixando extinguir-se os direitos artificialmente inflados do capital, optaram prioritariamente pela sustentação deste. Tal opção exigiu uma enorme injeção de capital nos bancos, sem que o público pagante adquirisse sobre esses bancos os direitos normalmente portados por todo capital. Mas o objetivo era esse mesmo: salvar direitos portados por títulos financeiros caducos com dinheiro portador de direitos reais, subtraídos aos cidadãos comuns” (LETIZIA, 2012, p. 18 e 19).

observação possibilita tecer o desenho, *prolongado no tempo*, de horizontes de expectativas sucessivamente criados e frustrados, dos quais surge uma espécie de inquietação ou mesmo possibilidade de revoltas e rebeliões, nas diferentes dimensões da subjetividade analisadas por Antunes (2018) e Braga (2018).

Fora do contrato e inegavelmente em relação com ele, ao pressionar trabalhador e empregador nos momentos de celebração, execução e extinção contratuais, o nível de desemprego, a desocupação e a subutilização da força de trabalho brasileira atingiram níveis alarmantes. Em fevereiro de 2019, a desocupação chegou a 12,4% e taxa de subutilização chegou a 24,6% (AGÊNCIA IBGE, 2019). Para Marx, o desemprego possui ao menos duas funções. A primeira é relativa à reserva de força de trabalho; a segunda, concernente à regulação dos salários (MARX, 1987, p. 749; MARX, 1984, p. 739). Considerando-se o atual caráter crônico do desemprego, Mészáros (2006, p. 31) afirma impossibilidade de soluções parciais ou paliativas ao problema, “(...) em agudo contraste com o período desenvolvimentista do pós-guerra, em que políticos liberais de alguns países privilegiados afirmavam a possibilidade do pleno-emprego em uma sociedade livre” (MÉSZÁROS, 2006, p. 31).

O trabalhador contratante “livre”, nessa situação política e econômica, apaga-se diante do trabalho e se torna apenas a carcaça do tempo de trabalho, na contundente expressão de Marx (2004b, p. 48 e 49): “(...) não é preciso dizer que uma hora de um homem vale uma hora de um outro homem, mas sim que um homem de uma hora vale um outro homem de uma hora. O tempo é tudo, o homem não é mais nada; ele é no máximo a carcaça do tempo”.

A inserção compulsória de cláusulas estatais no contrato de trabalho, assim, recomenda a observação de que os processos de precarização do trabalho não começam com a promulgação de uma lei, como a recente contrarreforma trabalhista, nem são isolados ao caso brasileiro, como se fosse uma espécie de regulação social atípica ou híbrida do trabalho. A crise econômica de 2007 e 2008 possui diferentes temporalidades sobre os países, pois ainda exerce sua força sobre os Estados e os contratos, de forma desigual e combinada entre Estados desenvolvidos e dependentes, com consequente pressão material sobre a regulação legal e o mundo do trabalho.

Como se disse, o Estado intervém de maneira inédita na sociedade a partir da crise de 2008 (BOFFO; SAAD FILHO; FINE, 2019). Na China, foram 20 milhões de desempregados em três meses. O Estado chinês apresentou um pacote de 585 bilhões de dólares em obras de infraestrutura, para manter crescimento, mas a renda média das

famílias caiu e a concentração de renda aumentou. O quadro de dependência chinês em relação aos Estados Unidos já era forte, pois 75% do que produzia era destinado ao país norte-americano. Por isso, também o Estado chinês era comprador de títulos do tesouro americano e a crise dos Estados Unidos afeta o país asiático (LETIZIA, 2012).

O Brasil e os demais países dependentes não estão imunes a essa situação. A China é o centro da produção industrial e países periféricos são os maiores fornecedores de matérias-primas e alimentos para a China, em triângulo que se fecha com os Estados Unidos e secundariamente a Europa atuando como consumidores principais dos produtos chineses. Disso resulta a desindustrialização e a degradação ambiental na América Latina, este último fenômeno também produzido na África e no Sudeste Asiático (LETIZIA, 2012, p. 22).

Acontece que, com a grande crise, os Estados Unidos perderam capacidade de consumo. Como demonstrou Vito Letizia (2012, p. 21), as famílias norte-americanas somaram 1,4 trilhões de dólares em dívidas e foram erguidos entraves protecionistas à circulação, como efeito ao fundo da crise. Nesse sentido, os efeitos da crise no Brasil estavam, em 2008, apenas sendo adiados. Tal adiamento da crise para o Brasil se deveu ao nosso “bem protegido curral financeiro tropical”, com os “*spreads* bancários mais altos do planeta” e inúmeras taxas arbitrárias cobradas de assalariados, como descreve Letizia³¹, com clareza e agudeza destacados por Leda Paulani³².

Com efeito, as modificações do sistema sociometabólico do capital encontraram ressonância nas transformações de função do Estado. Deixam de se observar no contrato apenas a desigualdade entre as partes e passa a merecer renovado destaque a desigualdade no âmbito da própria teoria jurídica do contrato de trabalho. A regulação estatal, fonte material das reflexões dos juristas, reposiciona-se funcionalmente como uma espécie de *sistema extorsivo* de direitos, em uma nova

³¹ "Nesse bem protegido curral financeiro tropical nunca foi forte a tentação de partir para aventuras arriscadas nos mercados financeiros do exterior, o que terminou funcionando como vantagem imprevista para os bancos brasileiros, quando aqueles mercados desabaram" (LETIZIA, 2012, p. 24).

³² Sobre o sistema financeiro brasileiro e as características destacadas por Letizia (2012), afirma Leda Paulani (2012, p. 13): "Ainda que implicitamente possa ter comparecido em algumas análises, tal fator não foi, até onde vai meu conhecimento, suficientemente enfatizado com igual agudeza e clareza. Igualmente perspicaz é sua observação sobre a natureza da ‘recuperação econômica’ que o tipo de intervencionismo estatal de hoje propicia. Para ele, esse intervencionismo é bem diferente do intervencionismo estatal-protecionista que o precedeu. Ele é pró-capital internacional, pois ‘custa juros pagos pelo público, sem trazer desenvolvimento industrial’. Além disso, enquanto as dívidas crescem e acentuam o parasitismo do capital, o emprego é parcialmente mantido, mas a níveis salariais mais baixos, de modo que o consumo vai sendo sustentado com maior endividamento e das famílias”.

normalidade contratual que não é apenas uma solução má para as crises econômicas, mas, também, uma solução falsa e distorcida³³.

Neste momento introdutório da exposição dos resultados da pesquisa, a crise pode ser apresentada como uma situação de dificuldade de enquadramento nas figuras conceituais tradicionais, trabalhadas pelos juslaboralistas, para resolver as aparentes antinomias presentes em operações jurídico-contratuais do trabalho brasileiro.

III. Modo de exposição e técnicas de pesquisa

O objeto da Tese de Doutorado é a teoria social do contrato de trabalho. Desenvolve-se pesquisa exploratória sobre as antinomias que se multiplicam na teoria contratual, no sentido sinalizado por Supiot (2016). Para contribuir para este campo de análise, uma ideia condutora é de que a regulação pública do trabalho sistematiza e explicita figuras jurídicas espoliativas, que fornecem fundamentos para maior taxa de exploração do trabalhador³⁴ e mercantilização³⁵ de bens jurídicos de sua personalidade, antes considerados atributos sob seu domínio, indisponíveis à circulação mercantil.

³³ Na compreensão de Letizia (2014, p.16, 17 e 18): “(...) as principais organizações sindicais e políticas dos trabalhadores hoje ajudam a manter a ficção de que capitalismo atual ainda é uma ‘economia de mercado’, apenas condenável por gerar desigualdades materiais, ignorando ou omitindo-se de apontar que é um sistema extorsivo, que se alimenta tanto de incentivos e privilégios concedidos pelos estados nacionais como de uma nova superexploração diferencial de populações com direitos civis rebaixados ou de povos emigrantes para países relativamente abastados ou menos pobres. (...) O que se passa em última análise é que está em andamento uma *solução financeira* da crise, que pode ser considerada bem-sucedida, para os objetivos imediatos que se propuseram os estados capitalistas. A circulação do capital financeiro internacional foi reanimada, embora sem reerguê-la ao nível anterior (cerca de 40 trilhões de dólares em ações negociadas no final de 2009, contra 60 trilhões em 2008). Tal solução, entretanto, não é mais que um paliativo nocivo para a sociedade, porque cria uma nova ‘normalidade’ capitalista, ainda mais dependente de subsídios e de privilégios garantidos pelo Estado. E o problema decorrente disso não está só em ser uma solução má para os trabalhadores; está também em ser uma solução falsa, porque o capital ocioso não eliminado continua travando o funcionamento do sistema, tornando-o mais instável”.

³⁴ A lógica da exploração revela a novidade que a produção capitalista introduz na história. O processo de trabalho passa a ser, concomitantemente, um processo de valorização e um processo de produção. Cuida-se, simultaneamente, do processo de produção de mais-valia e do processo de produção de mercadorias (CARLEIAL, 1986, p. 28). A taxa de exploração ou taxa de mais-valia, na teoria marxista do valor, consiste na “(...) razão entre a mais-valia (tempo de trabalho excedente) e o valor da força de trabalho (tempo de trabalho necessário)” (SAAD FILHO, 2001, p. 32). Como explica Saad-Filho, a taxa de exploração não é cognoscível em nível individual, pois é determinada junto ao trabalho abstrato, e não ao trabalho concreto. Além disso, pode aumentar por três razões: “Primeiro, se mais horas forem trabalhadas. Segundo, se a intensidade do trabalho aumentar, por exemplo, se trabalhadores dóceis substituírem colegas insubordinados. Terceiro, se o tempo de trabalho necessário diminuir devido ao aumento da produtividade nos setores produzindo bens necessários (dado o salário real). (...) Em outras palavras, a exploração ocorre ao nível do capital em geral, e é mediada pela existência de relações sociais mercantis. Portanto, os trabalhadores são explorados como trabalhadores (i.e., como membros de uma classe social), independente da lucratividade das firmas nas quais se empregam” (SAAD FILHO, 2001, p. 32 e 28).

³⁵ O termo mercantilização será utilizado, nesta tese, no sentido do conceito de acumulação por espoliação, de David Harvey, antes explicado.

Quem opera juridicamente essa nova disponibilização são as liberdades contratuais individuais e coletivas, que se encontram em expansão, no contexto da crise estrutural.

Para analisar os dispositivos normativos estatais referentes ao contrato de trabalho, suas transformações e seu sentido imanente, não se pode, apenas, “adotar” o método dialético³⁶. Deve-se *operá-lo*, tomá-lo como arma da crítica, mediante a análise concreta da situação concreta, expressão de Lênin³⁷ interpretada por Lukács como uma forma de “(...) encontrar, no novo momento de uma situação, aquilo que o liga ao processo anterior e, nas leis gerais do processo histórico, o elemento novo que nunca cessa de surgir; a encontrar a parte no todo e o todo na parte” (LUKÁCS, 2012, p. 101).

Nesse sentido, deve-se separar a fase de investigação daquela fase referente à exposição dos resultados alcançados e às explicações correspondentes (THIOLLENT, 1980, p. 124). Na fase de investigação, foi realizada pesquisa de tipo qualitativa, de natureza aplicada, espécie exploratória, com o objetivo de formular problemas sobre elementos que se encontram *escondidos* na natureza jurídica privada do contrato de trabalho. Não é incomum tomar o Direito como objeto de estudo empírico. Há um importante histórico de estudos empíricos no Direito, contudo foram realizados, de maneira geral, por cientistas sociais (IGREJA, 2017, p. 13 e 14).

³⁶ Lênin (2018) destaca a existência de duas definições de dialética, uma sintética e outra expandida. Na expandida, merecem destaques os elementos que se referem não apenas à tensão entre os opostos, mas à transição entre um e outro pólo como tendência. “[Definição sintética (apenas três elementos):] 1) a determinação do conceito a partir de si próprio (a própria coisa é nas suas relações e no seu desenvolvimento que deve ser encarada); 2) a contradição na própria coisa, as forças e tendências contraditórias em cada fenômeno; 3) a união da análise e da síntese. (...) [Definição expandida (16 elementos):] Os elementos da dialética: 1) a objetividade da observação (não exemplos, não desvios, mas a coisa em si própria); 2) toda a soma das variadas relações desta coisa com as outras; 3) o desenvolvimento desta coisa (...), o seu próprio movimento, a sua própria vida; 4) as tendências (e diferentes aspectos) internamente contraditórios nesta coisa; 5) a coisa (o fenômeno, etc) como soma e unidade dos opostos; 6) luta respectiva [ou], o desenvolvimento destes opostos, impulsos contraditórios etc.; 7) união da análise e da síntese – a decomposição em partes isolada e a soma, a adição destas partes; 8) as relações de cada coisa (fenômeno etc.) não só são variadas, mas gerais, universais. Cada coisa (fenômeno, processo) está ligada com as demais; 9) não só unidade dos opostos, mas transição de cada determinação, qualidade, traço, aspecto, propriedade, para cada outro; 10) processo infinito de descoberta de novos aspectos, relações etc.; 11) processo infinito de aprofundamento do conhecimento pelo homem da coisa, dos fenômenos, dos processos etc., dos fenômenos à essência e de uma essência menos profunda a uma essência mais profunda; 12) da coexistência à causalidade e de uma forma de conexão e interdependência a outra, mais profunda, mais geral; 13) repetição num estágio superior de certos traços, propriedades etc. de um inferior e 14) aparente regresso ao velho (negação da negação); 15) luta do conteúdo com a forma e inversamente. Rechamar das formas, refazer do conteúdo; 16) transição da quantidade pra a qualidade e vice-versa (15 e 16 são exemplos do 9)” (LÊNIN, , p. 232 e 233, grifos nossos).

³⁷ Como afirma Lukács (2012, p. 93), a principal contribuição de Lênin é a análise da “ação concreta dos homens concretos (condicionados pela classe a que pertencem) com base em seus reais interesses de classe”.

As informações empíricas, então, foram analisadas com objetivo de elaborar uma análise concreta de processos e relações sociais: “Seu uso não objetiva alcançar dados quantificáveis, ao contrário, objetiva promover uma maior quantidade de informações que permita ver o seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações” (IGREJA, 2017, p. 14). O objetivo qualitativo também pode ser descrito, nesse sentido, como uma “(...) ênfase em produzir conhecimento em profundidade e em depurar e elaborar imagens e conceitos” (IGREJA, 2017, p. 15).

É certo que a ideia de “depuração” carrega uma ambiguidade. Os conceitos são expressões do real concreto no concreto pensado. A relação entre os campos não é de purificação, como gostaria a doutrina kantiana. A crítica do real é parte do real, e não cindida dele. Nesse sentido, os conceitos não se *purificam* do real concreto, mas exsurtem de mediações que possibilitam aproximações sucessivas ao real concreto. Não parece adequado à ciência empírica em Direito um exercício de *resposta correta* sobre um *sistema fechado*. O Direito e a regulação pública do trabalho fazem parte de uma sociedade viva, na qual o Estado intervém concretamente e nessa condição é analisado.

Elaboram-se conceitos, provisórios, como mediações instrumentais para compreensão do pensamento social e político sobre as liberdades contratuais do trabalho. A esse objeto, *em crise*, dá-se o nome teoria social do contrato de trabalho. A inadequação de palavras e sistemas teóricos do século XX para o contrato de trabalho possui largas consequências e não é um processo que está esgotado. Como antes descrito, é uma dimensão da crise estrutural do capital, que cresce tornando a força de trabalho supérflua e com forte carga de instabilidade sobre as relações sociais (MÉSZÁROS, 2011a).

Com objetivos de pesquisa qualitativa estabelecidos, combinaram-se usos de diferentes métodos e técnicas na investigação. Foram empregados, do ponto de vista da análise empírica, técnicas que poderiam ser entendidas como estudos de caso, observação de campo, entrevistas em profundidade, pesquisa-ação e análise documental (IGREJA, 2017, p. 15). No âmbito da pesquisa-ação, foram manejadas técnicas da análise documental e de entrevista semi-estruturada, com campo de observação delimitado por amostra diretiva ou qualificada (THIOLLENT, 1994). Quando

necessário e pertinente, recorreu-se à interpretação de dados secundários, entre eles registros administrativos sobre a regulação pública do trabalho³⁸.

A técnica de pesquisa documental pode ser considerada a principal fonte de pesquisa empírica em Direito, ainda que haja sintomáticos indícios de uma intimidade irrefletida com os documentos jurídicos, como descrita por Reginato (2017, p. 189)³⁹. Nesta tese, os documentos não são entendidos como fatos dos quais decorrem acontecimentos⁴⁰, mas como uma montagem da história, da sociedade que os produziu e do tempo social em que continuaram a existir, no sentido de uma imagem do passado que é fabricada pelas relações de força. Podem ser pensados como documentos-monumentos, no sentido atribuído por Le Goff (1990)⁴¹.

Têm-se, portanto, hipóteses ou instruções quanto aos problemas (THIOLENT, 1994, p. 33), que conduzem e animam a pesquisa do ponto de vista bibliográfico e “de campo” ou concreto, na sua fase de investigação, como suposições criativas, capazes de “nortear a pesquisa inclusive nos seus aspectos qualitativos, (...) organizar o raciocínio estabelecendo ‘pontes’ entre as ideias gerais e as comprovações por meio de observação concreta” (THIOLENT, 1994, p. 35). Na fase exploratória, utilizaram-se tais hipóteses ou instruções com o objetivo de “(...) descobrir o campo de pesquisa, os interessados e suas expectativas e estabelecer um primeiro levantamento

³⁸ A análise de registros administrativos sobre a regulação pública do trabalho, observáveis nos dados do IBGE e do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, permitem mitigar problemas metodológicos referentes à endogeneidade, como destacou Castro (2017, p. 48).

³⁹ Em uma perspectiva crítica à análise tradicional do direito, tem sido observado o desenvolvimento da lógica do parecer e da autoridade ou, mais precisamente, da “invocação de autoridades” e de uma “justiça opinativa”, que decide por agregação de opiniões (RODRIGUEZ, 2017).

⁴⁰ Le Goff (1990, p. 541 e 542) faz menção à Escola dos Annales (1929) e à “revolução documental” (anos de 1960), para destacar a subversão e ampliação do sentido positivista atribuído à análise documental. Afirmar-se, pela crítica da análise documental positivista, a importância de todos os documentos, e não apenas daqueles que se referem aos grandes homens e à história que avança depressa. No momento seguinte, desenvolve-se uma história quantitativa, quando os documentos podem ser organizados no tempo e passam a potencialmente constituir uma série. “O interesse da memória coletiva já não se cristaliza exclusivamente sobre os grandes homens, os acontecimentos, a história que avança depressa, a história política, diplomática, militar. Interessa-se por todos os homens, suscita uma nova hierarquia mais ou menos implícita dos documentos(...) A intervenção do computador comporta uma nova periodização na memória histórica: produz-se, a partir de então, um corte fundamental no momento em que se podem constituir séries (...); tem-se, doravante, uma idade pré-estatística e uma idade quantitativa”.

⁴¹ “O documento é resultado de uma montagem, consciente ou inconsciente, da história, da época, da sociedade que o produziu e também das épocas sucessivas durante as quais continuou a existir. O documento é monumento, resulta do esforço das sociedades históricas para impor ao futuro determinada imagem de si própria. O documento é produto da sociedade, que o fabricou segundo as relações de forças que nela detinham o poder. O que transforma o documento em monumento é a sua utilização pelo poder. Atualmente, a história transforma os documentos em monumentos e apresenta uma massa de elementos que é preciso isolar, reagrupar, tornar pertinentes, ser colocados em relação, constituídos em conjunto. O novo documento alargado, transformado deve ser tratado como um documento-monumento (LE GOFF, 1990, p. 549).

(ou ‘diagnóstico’) da situação, dos problemas prioritários e de eventuais ações” (THIOLENT, 1994, p. 48).

Caminhou assim a investigação, mas seu modo de exposição formal [*die Darstellungsweise formell*] articula, em sentido marxista, uma relação entre o que já foi investigado e uma forma dialética de exposição da teoria enriquecida pela investigação ou dela resultante. Nas palavras de Thiollent (1980, p. 104), o modo de exposição relaciona “(...) o conhecimento teórico decorrente da crítica da economia política clássica com um conjunto de informações empíricas, objeto de polêmica, sem as quais a teoria permaneceria vã especulação filosófica sem relevância social e política” (THIOLENT, 1980, p. 104). Como descreve Marcos Lutz Müller, trata-se do “(...) modo como o objeto, suficientemente apreendido e analisado, se desdobra em suas articulações próprias e como o pensamento as desenvolve em suas determinações conceituais correspondentes, organizando um discurso metódico” (MÜLLER, 1982).

Convém indicar afinidade com a compreensão de Lukács sobre o marxismo, em contraste à corrente teórica difundida pelo estalinismo e pela Terceira Internacional, para quem o marxismo-leninismo é um sistema fechado, uma teoria integral⁴², uma “(...) devoção sincera e proba ao poder soviético[, que] poderia ser útil para um burocrata soviético exigir obediência, mas não para um marxista crítico” (BIANCHI, 2013, p. 21).

Para Lukács, o investigar marxista não consiste em uma fé revelada nas descobertas de Marx ou em uma adesão a seus resultados de pesquisa. É método no seu momento lógico, como unidade do todo, e teoria relacionada ao movimento em seu momento epistemológico (BIANCHI, 2013, p. 22). Por isso, o materialismo possui uma “(...) função viva e vivificante ao mesmo tempo crescente e enriquecedora” (LUKÁCS, 2012, p. 129).

Se é verdade que “(...) o marxismo permitiria pensar uma realidade que se transforma, a revolução que ele quer fazer, porque essa mesma realidade, essa mesma revolução é parte dele” (BIANCHI, 2013, p. 23), ele certamente se apresenta como o método para o estudo das crises, transformações e mudanças, movimento da realidade em que se inserem a contrarreforma trabalhista e seus antecedentes judiciais, que serão analisados.

⁴² O leninismo, assim, era transformado no “marxismo da era do imperialismo e da revolução proletária em geral, a teoria e a tática da ditadura do proletariado em particular” (STÁLIN *apud* BIANCHI, 2013, p. 28) ou em uma “teoria integral que surgiu em 1903 e passou pelo teste de três revoluções” (STÁLIN *apud* BIANCHI, 2013, p. 28).

A implosão das fronteiras da ordem estatal e a superação de seus limites revelam que o Estado não é mais externo às lutas e delas resultante; como afirma Lukács (2012): “(...) o Estado torna-se claramente um participante da luta. Não se luta apenas contra o Estado, mas o Estado mesmo revela seu caráter como *arma da luta de classes*, como um dos mais importantes instrumentos para a manutenção da dominação de classe” (LUKÁCS, 2012, p. 77, grifos no original).

Ao comentar a lógica de Hegel e sua diferença em relação à lógica de Kant, Lênin destaca que a primeira apresenta uma relação mediada e a segunda uma relação imediata entre sujeito e objeto, pois Kant toma a lógica formal e seus princípios como *dados*, não leva em consideração a transição do conceito e, assim, não conceitua a multiplicidade da unidade conceitual (LÊNIN, 2018, p. 220)⁴³. O modo expositivo da dialética, explicam Benoit e Antunes (2016, p. 32), é referenciado como uma forma que é inseparável do conteúdo, ao mesmo tempo analítica e sintética, que leva a uma busca por uma forma imanente. Segundo os autores, o caminho da exposição dialética:

“(...) deve partir da totalidade como concreto indeterminado (enquanto pressuposto); deste momento deve se caminhar pelo abstrato, expondo detalhadamente as diversas formas particulares da totalidade; no terceiro momento, pouco a pouco, ocorre a superação destas formas abstratas que devem retornar ao concreto reconstruído, então, como determinado (totalidade concreta ou universal concreto). Este seria o método que daria ‘vida à matéria’ (*Leben des Stoffs*), como afirma Marx no Posfácio da Segunda Edição de O Capital, ou seja, seria o método que reconstruiria o concreto histórico na teoria a partir de suas determinações mais simples e abstratas, conduzindo-o ao movimento contraditório que transformaria a teoria em vida e em práxis revolucionária”. (BENOIT; ANTUNES, 2016, p. 33)

Pesquisas qualitativas exploratórias buscam observar o inexistente ou escondido do real concreto no âmbito do conhecimento, do ponto de vista de um problema que se quer formular. O conhecimento jurídico é tradicionalmente estabelecido sobre cânones, ou simplesmente dogmática jurídica, uma espécie de *verdade legal* no sentido atribuído à expressão por Supiot (2007):

O chavão infinitamente repisado do atraso do Direito relativamente aos fatos ignora essa temporalidade própria dos sistemas jurídicos. Como todo sistema dogmático, o Direito não se situa no *continuum* do tempo cronológico, mas num tempo sequencial em que a nova lei vem a um só tempo reiterar um Discurso fundamental e gerar novas categorias cognitivas. (...) A dogmática hoje é entendida no

⁴³ Lênin apresenta a seguinte citação da *Ciência da Lógica* de Hegel para realizar seu comentário: “Kant toma a conexão determinada, ou seja, os conceitos de relação e os próprios princípios sintéticos da lógica formal, como dados; sua dedução precisaria ter sido a exposição da transição daquela unidade simples da autoconsciência para essas suas determinações e diferenças” (HEGEL, 2018, p. 219).

vocabulário corrente como a antítese da razão. E, no entanto, a razão humana repousa, hoje como ontem no Ocidente como alhures, nos fundamentos dogmáticos, ou seja, de um ‘lugar da verdade local, postulado e socialmente posto em cena como tal’ (Legendre, 2007, p. XXI). O acesso à fala, que é a peculiaridade do humano, é também uma porta aberta a todos os delírios. A dogmática se faz presente pra fechar essa porta (SUPIOT, 2007, p. XX e XXI).

Identificar a racionalidade do Direito e as verdades legais em seu sentido dogmático, para delas fazer a crítica, exige apresentar uma forma de investigação e um modo de exposição que ultrapassem a lógica do juízo de valor, típica da ética, e do juízo de legalidade ou constitucionalidade, típico da postulação reivindicatória perante tribunais. O contrato é uma categoria jurídica central da modernidade que, racionalizada pelas verdades legais tensionadas pela dominação do trabalho⁴⁴, recebeu progressivamente e com múltiplos sentidos criativos a qualificação contrato *de trabalho*.

Uma análise crítica das transformações do Estado não busca a “verdade científica” ou a experimentação de “(...) revoluções na ordem das palavras como se fossem revoluções na ordem das coisas” (BURAWOY, 2010, p. 32). Em outro sentido, trata-se da busca de se dirigir a públicos mais amplos, para tratar de temas cuja linguagem jurídica dificulta o acesso à classe trabalhadora, na diferenciação entre sociologia pública e sociologia para políticas públicas, realizada por Bourdieu e reivindicada por Burawoy (2010, p. 39 e 40)⁴⁵.

Postula-se a tese de que a teoria social do contrato de trabalho típico, estabelecida e defendida pelos cânones do Direito Laboral, é insuficiente para

⁴⁴ A dominação pode ser entendida como a dimensão das expropriações ou criação de condições sociais de possibilidade da exploração, que se manifesta junto à fetichização das relações sociais. Nesse sentido, expõe Fontes (2010, p. 40): “O capitalismo – e a dinâmica de reprodução do capital – envolve uma aparente autonomização da economia, que passa a se apresentar como dotada de uma lógica própria. Sobre ela incide a crítica central de Marx, ao enfatizar não apenas a dimensão fetichista que substitui as relações humanas por relações entre coisas (a começar pela coisificação do próprio capital ou de sua acumulação), mas, ao longo de todos os seus trabalhos – sem exceção –, ao evidenciar que as relações capitalistas dependem de condições sociais que, cunhadas de certa maneira, permitem que tais fetiches sigam obliterando suas reais razões. Assim, se é importantíssimo demonstrar o fetiche, é porque ao fazê-lo devem emergir as relações humanas, sempre sociais, que sustentam todo o processo” (FONTES, 2010, p. 40).

⁴⁵ “Bourdieu era um crítico severo e mordaz dos sociólogos que ele considerava servos do poder e dos especialistas que viviam a serviço das elites e que produziam aquilo que eu costumo chamar de sociologia para políticas públicas. Bourdieu, contudo, era favorável e simpático àqueles que se dirigiam aos públicos mais amplos para tratar de temas de fundamental importância para a sociedade, aquilo que eu costumo chamar de sociologia pública. Trata-se aqui de uma diferença antiga – central para Weber como para os filósofos de Frankfurt – entre, de um lado, o conhecimento instrumental, que toma como dados os fins e os meios, preocupando-se simplesmente com os meios mais eficazes para atingir os fins e, do outro lado, o conhecimento reflexivo, que se interroga sobre aqueles mesmos fins e meios de uma maneira mais discursiva – o que Weber chamou de discussão valorativa” (BURAWOY, 2010, p. 39 e 40).

compreensão da expansão das possibilidades jurídicas de ação livre e legítima do capital, de sindicatos e de trabalhadoras e trabalhadores no Brasil.

No Capítulo 1, enfrentam-se os problemas fundamentais do quadro analítico estabelecido pela teoria social do contrato de trabalho, quais sejam, a existência de liberdade contratual no trabalho livre, a definição do objeto contratual e a compreensão da crise em países selecionados (1.1). Na sequência, elaborase uma resposta provisória para compreender a crise no Brasil, por meio da estruturação de uma categoria teórica, qual seja, a de *ilegalidades constitucionais do trabalho* (1.2).

A estrutura do conceito, a partir desse desenvolvimento, combina e articula traços da teoria do Estado de Mészáros (2011a; 2015) com a proibição constitucional de desenhos institucionais discriminatórios, decorrente do direito geral de igualdade da Constituição Federal (RIOS, 2008, p. 21 e 119). As condições de possibilidade de que uma ilegalidade seja compreendida como constitucional decorrem da análise do conflito entre normas extraída de Marx e Mészáros, bem como da ordem de ilegalidades que se instala no Congresso Constituinte. Cuida-se de recuperar a noção de democracia restrita e sua edição liberal no Brasil, formuladas por Florestan, em especial na interpretação de Malta e León (2017; 2020), nos textos de Fernandes sobre a Constituinte e pela observação dos debates sobre direitos fundamentais sociais durante as discussões da Constituinte.

O conceito de ilegalidades constitucionais do trabalho é desenvolvido ao longo da tese, mas é útil adiantar algumas de suas características. Como se verá, a ilegalidade constitucional decorre de uma *permissividade* constitucional. O Estado, por meio do “poder da legalidade”, permite que o capital viole direitos fundamentais e discrimine trabalhadores e trabalhadoras, pois consolida legalmente que um desenho discriminatório do Direito do Trabalho seja lícito. A ausência de exigibilidade jurídica de salário igual para igual trabalho, entre homens e mulheres, ilustra essa operação jurídica.

Uma vez analisada a crise da teoria do contrato de trabalho, o Capítulo 2 tem por objetivo realizar uma nova aproximação a traços das ilegalidades constitucionais, observáveis, em especial, em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). As ilegalidades constitucionais do trabalho, então, podem ser observadas como *ilegalidades expandidas*. O conceito, como se disse, permite observar o sentido imanente da crise do contrato, que se expressa na expansão da violência do capital e do Estado sobre trabalhadoras e trabalhadores.

Trata-se de acompanhar os fundamentos jurídicos pelos quais o STF expande *liberdades contratuais* e, desde o ano de 2014, combina a racionalidade empresarial neoliberal à desestruturação dos marcos legais protetivos do trabalho. Analiticamente, pode-se observar que normas de proteção do trabalho, antes infundidas no contrato pela lei, saem de cena ou são *retiradas do contrato*. O Estado se torna apenas o autor de uma atuação “terapêutica” sobre a relação capital-trabalho, como um “Estado-firma”, para utilizar as expressões dos julgados.

As razões de decidir sobre casos emblemáticos, que antecipam a contrarreforma trabalhista em temas como a terceirização da atividade-fim e a prevalência do negociado sobre o legislado, baseiam-se em elementos da teoria jurídica contratual do começo do século XX, que serão revisitados, em especial no aspecto referente ao princípio constitucional da autonomia coletiva e na indisponibilidade de direitos da personalidade. A evocação das liberdades contratuais, a partir do princípio da autonomia coletiva, provoca ruídos e perturbações no Direito do Trabalho brasileiro, com impactos sobre a estrutura corporativa dos sindicatos e o estatuto jurídico ambíguo do corpo (CORRÊA; GEDIEL, 2018) de trabalhadores e trabalhadoras.

A crise se expande, pela noção de direito subjetivo na liberdade de contratar, e se concretiza em hostilidades contratuais, em direção ao corpo, ao tempo e às rebeldias coletivas de quem vive do trabalho no país. O exame da “normalidade híbrida” de funcionamento do capitalismo (MÉSZÁROS, 2011a), que se consubstancia nessas relações, já não pode concluir pela existência apenas de “ilegalidade”, pois o conceito destacava analiticamente o momento da transição da correlação de forças, observável nas metamorfoses do jurídico, como *ilegalidades expandidas*.

Uma vez vigentes os contratos de trabalho, a ação classificatória do lícito no Estado, entendida como uma violência contratual, um saque, uma espoliação, deixa de ser abstrata, como expansão da ilegalidade, e pode se expressar *concretamente*, como o *exercício de poderes legítimos*, estabelecidos pelo contrato de trabalho. Trata-se de estruturar uma face conceitual próxima à noção de hostilidade como norma positiva, no sentido proposto por Maria Sylvia Franco (1997).

Identificada a insuficiência categorial da teoria do contrato de trabalho clássica para observar dimensões das lutas coletivas e anunciadas novas bases da teoria do contrato de trabalho pelo STF, tornou-se necessário postular o desenvolvimento do instrumental analítico antes proposto. Expandidas, as ilegalidades do trabalho devem ser observadas não só do ponto de vista estatal, mas a partir de suas repercussões nas

relações concretas, no contrato individual de trabalho e nas liberdades coletivas que realizam erupções públicas.

Constrói-se, então, a categoria das hostilidades contratuais, como face concreta dos poderes empregatícios, expandidos por ilegalidades que passaram a ser permitidas. As hostilidades se apresentam como normas de comportamento, institucionais, positivas, pois regulam a ação entre sujeitos e capturam seu horizonte de expectativas. São, desse modo, expressões concretas de relações sociais cujas normatividades são *agressivas*, pelas quais se podem destacar, nas relações de poder entre capital e trabalho, o elemento da violência, da ameaça, do estranhamento no trabalho.

No Capítulo 3, a figura teórica das hostilidades contratuais permite apreender no concreto pensado elementos do real concreto, observados em entrevistas com trabalhadoras do setor de teleatendimento, trabalhadoras terceirizadas, bem como em atos do Estado brasileiro, como processos judiciais do TST e do STF e atos normativos que regulamentaram figuras jurídicas como o contrato intermitente, o contrato verde e amarelo e o controle da jornada de trabalho por exceção.

A pesquisa exploratória realizada utilizou-se de entrevistas semi-diretivas, com atenção às lições de Thiollent (1980, p. 126) sobre os problemas referentes a “falsa neutralidade, teoria em atos, imposição de problemática, desníveis de comunicação, categorização, projeção, quadros de referência, relevância, produção de opinião, opinião mobilizada”⁴⁶.

Para mitigá-los, combinou-se o uso da análise documental, do método da pesquisa-ação (THIOLLENT, 1994) e dos estudos de caso. Os estudos concretos realizados na tese se inspiraram em aspectos do método proposto por Michael Burawoy (2014). O autor defende, mediante o estudo de caso ampliado, uma etnografia⁴⁷ que “(...) construa conexões micro-macro por meio da reconstrução da teoria social”, o que entende não ser “tão herético como foi no passado”⁴⁸.

⁴⁶ Como ressalta José Roberto Franco Xavier (2017), técnicas de entrevista quantitativas e qualitativas possuem diferentes limites, mas uma das qualidades da técnica de entrevista em profundidade ou semidiretivas é a capacidade de apreender o sentido de ações sociais, no sentido weberiano. Nesta tese, adota-se a terminologia e concepção de Thiollent: entrevista semi-estruturada, com campo de observação delimitado por amostra diretiva ou qualificada (THIOLLENT, 1994).

⁴⁷ “Por etnografia eu entendo o relato sobre o mundo do ponto de vista da observação participante; por ciência eu entendo as explicações demonstráveis e generalizáveis dos fenômenos empíricos” (BURAWOY, 2014, p. 45 e 46).

⁴⁸ O estudo de caso ampliado realiza quatro ampliações: entre observador e vida dos participantes; na observação, ampliada no tempo e espaço; entre dimensões micro e macro dos processos; e, enfim, a ampliação da teoria, enriquecida pelos movimentos anteriores, com sucessivas reconstruções (BURAWOY, 2014, p. 150).

Combinando elementos dessas técnicas, definiu-se a amostra com base no problema de pesquisa que se quis construir em cada momento da exposição de resultados da tese. O fundamento desse tipo de amostra qualitativa se encontra no próprio objeto de pesquisa, que se constrói por meio de uma certa organização de material empírico: “(...) quando o caso está sendo construído (...) já sabemos algo sobre o que queremos aprender com ele. A escolha do que constituirá o caso está frequentemente ligada ao que queremos inferir a partir dele” (FONSECA, 2017, p. 371).

Concretamente, foram acompanhados atos de mobilização de trabalhadoras terceirizadas, no município de Porto Alegre/RS, bem como reuniões de planejamento e articulação de suas estratégias de resistência. Foi realizada entrevista com uma trabalhadora terceirizada, bem como com uma servidora pública do município, identificada pelas trabalhadoras como parceira prioritária e elemento de “permanência” entre suas diferentes lutas, no período que compreende os anos de 2014 a 2019.

Ao total, foram nove entrevistas em profundidade. Além das duas já narradas, também foram realizadas entrevistas com cinco trabalhadoras do setor de teleatendimento de Curitiba/PR e com outros dois trabalhadores, quais sejam, um psicólogo, trabalhador de setor de recursos humanos de empresa privada, e um trabalhador da reciclagem, que gerencia estabelecimento informal, em região de ocupação urbana localizada na periferia de Curitiba/PR. As entrevistas com o trabalhador do setor de recursos humanos e com o trabalhador da reciclagem terminaram por não ser utilizadas na exposição dos resultados de pesquisa, pela delimitação temática final da tese.

Todas as pessoas entrevistadas foram perguntadas sobre aspectos do seu contrato de trabalho, conforme questionário semi-estruturado, e assinaram termo de consentimento de exposição de trechos de suas falas, sob sigilo. Os documentos encontram-se disponíveis ao final da tese. A relação entre a experiência de cada trabalhador e os objetivos da tese será desenvolvida nos tópicos pertinentes.

O desenvolvimento de uma crítica da teoria do contrato de trabalho e a observação de migrações doutrinárias entre sistemas juslaborais distintos é um tema crescentemente analisado pela crítica jurídica brasileira. Ao longo da investigação bibliográfica, verificou-se que a maior parte dos textos clássicos não se encontra traduzida para o português. A partir de um determinado momento da pesquisa, então,

decidiu-se pela realização de um esforço de tradução, impreciso e inicial, com a citação dos originais em rodapé, conforme normas institucionais⁴⁹.

A maior parte dos documentos jurídicos analisados e todas as entrevistas foram objeto de diálogo com colegas pesquisadores e, em especial, com o orientador da tese. Também as indicações e orientações, da banca de qualificação, foram imprescindíveis para a estruturação final do trabalho. As imprecisões e antinomias restantes são de inteira responsabilidade do autor.

⁴⁹ Alguns textos possuem apenas a tradução livre citada, sem o trecho traduzido em rodapé, pois foram traduzidos antes da decisão de transcrever todos os originais e não houve tempo hábil de retornar aos originais, até a data de entrega desta tese.

1 CRÍTICA DO ESTADO E DO CONTRATO DE TRABALHO

A aparição é o surgir e o passar que não surge nem passa, mas que é em si e constitui a efetividade e o movimento da vida da verdade. O verdadeiro, assim, é o delírio báquico, onde não há membro que não esteja ébrio; e porque cada membro, ao separar-se, também imediatamente se dissolve, esse delírio é ao mesmo tempo repouso translúcido e simples. Perante o tribunal desse movimento, não se sustêm nem as figuras singulares do espírito, nem os pensamentos determinados; pois aí tanto são momentos positivos necessários quanto são negativos e evanescentes.

Georg W. F. Hegel (1991, p. 46)

No contrato civil, a vontade compromete-se; no contrato de trabalho, submete-se. O compromisso manifesta a liberdade, a submissão a nega. Esta contradição entre autonomia da vontade e subordinação da vontade redundando em que o trabalhador é percebido, na empresa, ao mesmo tempo, como sujeito e como objeto do contrato.

Alain Supiot (2016, p. 163)

Este capítulo toma o contrato de trabalho como objeto de análise e o observa, a partir da teoria moderna do contrato e das “verdades legais” estabelecidas pela doutrina e pela jurisprudência (SUPIOT, 2016), confrontadas pelo poder estatal de elaborar leis e incidir sobre as relações sociais. Enfrenta-se, neste momento, o significado das contratualidades atípicas e híbridas, no âmbito da teoria do contrato de trabalho e das liberdades constitucionais do trabalho, na CRFB/1988.

Para tanto, (1.1) apreende-se a gênese do conceito de contrato de trabalho e caracterizam-se suas ambiguidades no âmbito da doutrina juslaboral, com especial atenção para o tempo, a privacidade e a identidade da trabalhadora e do trabalhador como objetos contratuais. A compreensão tradicional nos países de tradição jurídica romano-germânica está em crise e se revela insuficiente para examinar o mundo do trabalho e sua regulação no Brasil.

Na sequência, (1.2) estrutura-se o conceito de *ilegalidades constitucionais do trabalho*, com o objetivo de compreender e explorar os paradoxos da teoria do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais sociais. Sua gênese se encontra em uma leitura marxista da teoria do Estado e da Constituição Federal de 1988, que permite observar as principais batalhas que envolveram a regulação pública do trabalho no Congresso Constituinte e a força política que possui a unicidade sindical, mantida pela CRFB/1988.

As liberdades do trabalho foram modificadas pela contrarreforma trabalhista e por precedentes judiciais. A observação do contraste e da crise das verdades legais no âmbito teórico, neste primeiro capítulo, oportuniza o trânsito pela aparência concreta entre o contrato de trabalho como critério *típico* de racionalidade juslaboral e as contraturalidades híbridas como formas de expansão da taxa de exploração e da acumulação por espoliação, por meio do contrato de trabalho, objeto desta tese.

1.1 Teoria contratual moderna e crise da tipicidade do contrato de trabalho

A teoria liberal do direito afirma, com base no Tratado de Versalhes (1919, art. 427, XIII)⁵⁰, que o “(...) trabalho não deve ser considerado simplesmente uma mercadoria”⁵¹. Esta questão suscitou polêmicas e interessantes debates no campo juslaboralista, dentre as quais a denúncia de que a mercadoria contratada pelo empregador não seria o trabalho, mas o próprio trabalhador, como sumarizou Maria Vittoria Ballestrero (2010, p. 02, *tradução livre*), ao assentar que as doutrinas jurídicas “(...) [buscaram] retirar o trabalho do direito de propriedade, negando sua mercantilização, sem negar o mercado”⁵².

⁵⁰ Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1995, p. 04 e 05) descrevem a história do direito do trabalho em quatro períodos, dos quais o último é o que sucede a Primeira Guerra Mundial, com o Tratado de Versalhes: “Como se sabe, esse Tratado preconizava nove princípios gerais relativos à regulamentação do trabalho, que se recomendavam à adoção pelos países que o firmaram. Nesse período, inicia-se, propriamente, a atividade legislativa dos Estados em favor dos trabalhadores, obediente àqueles nove princípios. Caracteriza-se, sobretudo, pela incorporação de medidas de caráter social aos textos das Constituições em todos os países democráticos, e pela intensificação da legislação ordinária em todas as nações civilizadas, abrangendo todos os aspectos da regulamentação do trabalho”.

⁵¹ Como ressalta Ballestrero (2010, p. 07, *tradução livre*): “‘O trabalho não deve ser considerado simplesmente uma mercadoria ou um artigo de comércio’: foi assim que soou a primeira das ‘cláusulas sociais’ enunciadas pelo Tratado de Versalhes (1919), no contexto de outras declarações (art. 427, Pt. XIII), que compunham o conjunto de salvaguardas que respondiam às demandas sociais e sindicais da época. No entanto, o significado da fórmula não deve ser superestimado: em perspectiva, poderia adquirir (e adquiriu) um significado mais amplo, mas o advérbio ‘simplesmente’ denotava o escopo restrito da cláusula de não-mercadoria”. Trecho traduzido: “‘Il lavoro non deve essere considerato semplicemente una merce o un articolo di commercio’: suonava così la prima delle ‘clausole sociali’ enunciate dal Trattato di Versailles (1919), nel contesto di altre enunciaciones (art. 427, Pt. XIII), che componevano l’insieme delle tutele rispondenti alle rivendicazioni sociali e sindacali dell’epoca. Il significato della formula non deve essere tuttavia sopravvalutato: in prospettiva poteva acquistare (ed acquistò) un più ampio significato, ma già l’avverbio ‘semplicemente’ denotava la ristretta portata della clausola di non commodity” (BALLESTRERO, 2010, p. 07).

⁵² Trecho traduzido: “‘(...) oppure la riflessione sulle percorso seguito dalle dottrine giuridiche per portare il lavoro fuori dal diritto dei beni, negandone la mercificazione senza negare il mercato” (BALLESTRERO, 2010, p. 02). Decorrente dessa primeira problematização, então, surge uma segunda: “o trabalho é separável (como uma entidade ou como um bom objeto) da pessoa que trabalha?”. A jurista italiana afirma que é comum a resposta negativa a esta pergunta. Mas adverte: “‘(...) essa resposta constitui o desembarque (não pacífico e não sem contradições) de uma longa jornada” (BALLESTRERO, 2010, p. 02, *tradução livre*). Trecho traduzido: “‘(...) è separabile il lavoro (come entità, o come bene-oggetto) dalla persona che lavora?” (BALLESTRERO, 2010, p. 02).

O contrato de trabalho, poderoso símbolo jurídico da proteção social moderna do trabalho, desenvolveu-se em diversas categorias jurídicas dinâmicas, capazes de fomentar um horizonte de democratização para a relação de trabalho. Apresentam-se (a) esta verdade legal e suas ambiguidades no âmbito da própria teoria do contrato de trabalho, como a tensão entre sujeito e objeto no contrato de trabalho; e na sequência, (b) analisam-se os modelos de regulação da liberdade contratual, a crise do modelo brasileiro e as migrações doutrinárias que o aproximam do modelo estadunidense.

1.1.1 Opacidade da liberdade contratual e o obscuro objeto do contrato

Começar pelo contrato exige situá-lo como fenômeno moderno. Não há contrato sem sujeito e não há noção de indivíduo antes da modernidade. É possível afirmar que o sujeito diante do contrato é alguém capaz de autodeterminação⁵³, que constitui a sua liberdade como consentimento e reconhecimento do outro, em uma forma

⁵³ Leda Paulani demonstra que o indivíduo moderno é historicamente constituído e relaciona o surgimento dessa noção à dissolução das relações hierárquicas feudais e à institucionalização jurídica do direito privado de posse: “O que simplesmente tentamos mostrar é que, nas formações anteriores o homem não era livre, e se não era livre não podia lutar por seu próprio interesse, não era, nesse sentido, indivíduo. Quando a história liberta o homem das amarras tradicionais e o coloca livre, soberano e senhor de si mesmo, cria também um problema que não existia anteriormente, qual seja, o problema da coerência de uma tal formação social constituída por iguais, cada um dos quais com plena liberdade para decidir o que bem entender sobre seu próprio destino. A dissolução das relações hierárquicas constitui assim (...) o primeiro passo da posição do homem como indivíduo e quem dá esse passo é a própria história da formação da sociedade moderna. (...) O que essa dissolução produz, a igualdade jurídica, não é suficiente, no entanto, para a constituição do indivíduo tal como o conhecemos. (...) Para a criação do indivíduo moderno, o processo histórico teve de acrescentar, ao lado da dissolução das relações hierárquicas, também a institucionalização jurídica do direito privado de posse” (PAULANI, 1996, p. 101 e 102). Para Marx e Engels, trata-se do papel revolucionário desempenhado pela burguesia: “A burguesia desempenhou na história um papel altamente revolucionário. A burguesia, lá onde chegou à dominação, destruiu todas as relações feudais, patriarcais, idílicas. Desfez sem piedade os laços feudais multicoloridos que prendiam os seres humanos a seus superiores naturais e não conservou nenhum outro laço entre os seres humanos além do interesse nu, da insensível ‘moeda sonante’. Afogou os estremecimentos sagrados da devoção exaltada, do entusiasmo cavalheiresco, do sentimentalismo pequeno-burguês nas águas glaciais do cálculo egoísta. Dissolveu a dignidade pessoal no valor de troca e, no lugar das incontáveis liberdades reconhecidas por escrito e arduamente conquistadas, instalou a liberdade única e do comércio sem consciência. Em resumo, substituiu a exploração dissimulada por ilusões religiosas e políticas pela exploração aberta, cínica, direta, brutal” (MARX; ENGELS, 2002, p. 42).

de liberdade que relaciona personalidade e consciência⁵⁴, concebendo a vontade livre como ato⁵⁵.

Uma primeira aproximação à liberdade contratual trabalhista observa como a crítica juslaboralista a problematizou como uma opacidade, que dificulta visualizar suas diferentes dimensões, a partir do fato da desigualdade entre os sujeitos contratantes (a). Esta compreensão permite observar os motivos pelos quais o contrato de trabalho adquire centralidade nesta área do direito e abordar alguns de seus elementos centrais, como a categoria subordinação jurídica, o sistema de limites à autonomia da vontade e, em especial, o problema do objeto do contrato de trabalho (b).

a) Ambiguidades da liberdade contratual

Uma verdade e uma discussão: o capitalismo informacional-digital-financeiro amplia suas formas de vigência (ANTUNES, 2019, p. 15), em direção ao corpo, ao tempo de vida ou à identidade do trabalhador, tornados objetos da exploração e da espoliação do trabalho. Esse movimento é perceptível na obrigação e no dever contratuais, tema da primeira subseção, sob o ponto de vista da teoria jurídica do contrato. Antes de tudo, é preciso perguntar-se sobre o que seja um objeto contratual trabalhista. Observar como a doutrina juslaboral tratou o tema oferece relevantes contribuições para, na sequência, analisarem-se as mutações contratuais.

A história de conceituações do contrato de trabalho é densa e suas polêmicas permanecem vivas. Explorar as soluções jurídicas à contradição central do sistema

⁵⁴ Uma visão tradicional do direito parte do sujeito, mas o vê livre no contrato, como a que é encontrada em Hegel (1997, p. 39). Para o filósofo alemão, "vontade livre em si e para si, tal como se revela no seu conceito abstrato, faz parte da determinação específica do imediato. (...) Nesta vontade livre para si, o universal, ao apresentar-se como formal, é a simples relação, consciente de si embora sem conteúdo, com a sua individualidade própria". Nesse sentido, portanto, a personalidade é conectada ao sujeito e à ideia de consciência. Como afirma Hegel (1997, p. 40): "A personalidade só começa quando o sujeito tem consciência de si, não como de um eu simplesmente concreto e de qualquer maneira determinado, mas sim de um eu puramente abstrato e no qual toda limitação e valor concretos são negados e invalidados. É assim que na personalidade existe o conhecimento de si como de um objeto exterior mas elevado pelo pensamento à infinitude simples e, portanto, puramente idêntico a ela".

⁵⁵ "40 - O direito começa por ser a existência imediata que a si se dá a liberdade de um modo também imediato nas formas seguintes:

a) A posse, que é propriedade; aqui, a liberdade é essencialmente liberdade da vontade abstrata ou, em outros termos, de uma pessoa particular que só se relaciona consigo mesma;

b) A pessoa que se diferencia de si se relaciona com outra pessoa e ambas só como proprietárias existem uma para a outra; a identidade delas, que existe em si (virtual), adquire a existência pelo trânsito da propriedade de uma para outra, com mútuo consentimento e permanência do comum direito. Assim se obtém o contrato.

c) A vontade como diferenciada na relação consigo mesma, (a) não porque se relacione com outra pessoa, mas (b) porque é em si mesma vontade particular que se opõe ao seu ser em si e para si, constitui a injustiça e o crime" (HEGEL, 1997, p. 41 e 42, grifos nossos).

sociometabólico do capital, sua crise e sua recomposição por meio do aumento da exploração e da espoliação, pode ser observado desde as metamorfoses das formas jurídicas, que foram condicionadas por ideias e teorias que fundamentaram as modificações.

Se um contrato é constituído por vontades livres, acordadas, consentidas, pactuadas, é razoável questionar-se da origem da submissão na vontade ou da vontade que opera a submissão legalizada. Interessante indício de resposta se verifica na ordem de aparição dos institutos na história, pois o contrato de trabalho precede a legislação trabalhista como doutrina e se encontra, inicialmente, dissociado da legislação social.

Os trabalhadores já eram *contratados*, ao final do século XIX, quando o Direito do Trabalho como doutrina jurídica era ainda inexistente. Maria Ballestrero (2010, p. 03) relata que a experiência italiana enfrentou, nesse sentido, dois problemas fundamentais, para manter o trabalho no interior do quadro normativo juscivilista (a *locatio operarum* de tradição romana⁵⁶), quais sejam, o problema do objeto do contrato, que não pode ser o corpo humano, tendo sido necessário realizar a separação entre o trabalho e o corpo que o produz, tornando-se o trabalho um “bem”, passível de troca; e a relação entre a legislação social nascente e os contratos de trabalho.

A expressão legislação social referia-se, àquela época, ao seguro contra acidentes de trabalho e à proteção legal de mulheres e crianças. Os contratos de trabalho, por outro lado, regulavam a relação “obrigatória” pela qual uma pessoa se vincula a emprestar seu trabalho em troca de um salário. A legislação social, por um lado, assumia explicitamente a fraqueza contratual do trabalhador industrial diante do poder do

⁵⁶ Como explica Ballestrero: “Seguindo os passos do Código Napoleão (art. 1708 ss., *Louage d'ouvrage et d'Industrie*), sob o esquema da *locatio* (gozo temporário de algo em troca do preço), o art. 1570 definiu a locação das obras como ‘um contrato pelo qual uma das partes é obrigada a fazer pela outra coisa através do pagamento acordado’. O artigo 1627, em seguida, previa três tipos principais de arrendamento de obras e indústria: aquele pelo qual as pessoas obrigam seu trabalho a serviço de terceiros; a dos cocheiros no solo e na água, encarregados de transportar pessoas e coisas; e o de empreiteiros ou trabalhadores contratados. O artigo 1628 finalmente proibiu a perpetuidade do vínculo obrigatório, dispondo que ‘ninguém pode obrigar seu trabalho ao serviço que não seja para uma determinada empresa’” (BALLESTRERO, 2010, p. 03, *tradução livre*). Trecho traduzido: “Sulle orme del Code Napoléon (artt. 1708 ss., *louage d'ouvrage et d'industrie*), nell’ambito dello schema della *locatio* (godimento temporaneo di una cosa in cambio del prezzo), l’art. 1570 definiva la locazione delle opere come «contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l’altra una cosa mediante la pattuita mercede». L’art. 1627 prevedeva poi tre principali specie di locazione di opere e d’industria: quella per cui le persone obbligano la propria opera all’altrui servizio; quella dei vetturini sì per terra come per acqua, che s’incaricano del trasporto delle persone e delle cose; quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo. L’art. 1628 vietava infine la perpetuità del vincolo obbligatorio, disponendo «nessuno può obbligare la propria opera all’altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa».” (BALLESTRERO, 2010, p. 03).

empregador. Mas este mesmo trabalhador era considerado um “contratante livre”, para os fins do contrato de trabalho, porque neste campo era visto como *formalmente igual*.

A discussão sobre as diferenças entre contrato de trabalho e contrato civil está presente na área juslaboralista desde suas primeiras elaborações teóricas, no continente europeu e norte-americano, como lembra Gino Giugni (1986, p. 307): “[os institutos jurídicos do Direito do Trabalho] surgem, num primeiro momento, como blocos errantes no grande mar do direito, especialmente do direito civil”. António Nunes de Carvalho (1986, p. 377) defende que “um eventual recurso do Direito do Trabalho à dogmática geral da contratação não é, em rigor, uma petição de auxílio ao Direito Civil, mas antes à Teoria Geral do Direito, isto é, àqueles conceitos e princípios básicos de Direito das Obrigações”.

Nesse sentido, afirmam Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1995, p. 30), “(...) o Direito do Trabalho fornece o mais eloquente exemplo das transformações por que tem passado o Direito das Obrigações. Outrora descansava no princípio da autonomia da vontade. Os contratantes modelavam a seu gosto seus direitos e obrigações”.

Em diálogo com a Teoria das Obrigações e o direito civil, é pertinente observar que toda obrigação, inclusive a trabalhista, deve ser vista como um processo, no qual os aspectos dinâmicos do conceito de dever se revelam, com o objetivo do adimplemento⁵⁷, que “(...) atrai e polariza a obrigação (...). Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos” (COUTO E SILVA, 2006, p. 17). Nesse sentido, “(...) faz-se ou contrai-se obrigação, e não dá-se obrigação, pois ela é ato, geneticamente considerada” (CATHARINO, 2012, p. 164).

No campo da obrigação como processo, expressão de Couto e Silva (2006), ressalte-se a cisão entre um negócio jurídico obrigacional e um negócio jurídico de direito das coisas. O negócio jurídico, gênero do qual se extraem as duas espécies, é destinado a constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, pela instauração, realizada pelas partes contratuais, de uma regulamentação de interesses. O negócio jurídico é fonte de produção jurídica e de modelos jurídicos, isto é, *cria direito* (MARTINS-COSTA, 2018, p.508)⁵⁸.

⁵⁷ “Obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em seu favor. O adimplir determina o afastamento, a liberação, e na etimologia da palavra *solutio* surpreende-se vigorosamente essa ideia” (COUTO E SILVA, 2006, p. 43).

⁵⁸ “A característica comum de todos os tipos de atos compreendidos sob a abstração etiquetada como *negócio jurídico* consiste em estarem esses atos direcionados à finalidade de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas mediante a instauração, entre duas ou mais partes, de uma regulamentação de interesses. Exata e precisamente por essa razão, os negócios jurídicos são os tipos de atos jurídicos que

O negócio jurídico obrigacional constitui um vínculo e o negócio jurídico de direito das coisas trata do “objetivo” do negócio, ou seja, do adimplemento da obrigação, objetivo último da relação contratual. O conceito de vínculo, como “(...) ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem” (COUTO E SILVA, 2006, p. 19) permitiu ao autor postular cooperação entre as *partes* ou sujeitos contratuais. Com base nos conceitos de Friedrich Savigny, Karl Larenz e Philipp Heck, Couto e Silva caracteriza a relação jurídica como orgânica, com um “programa” a ser adimplido, e não apenas a obrigação principal (COUTO E SILVA, 2006, p. 20).

Retomar Savigny para ressaltar aspectos referentes às relações de trabalho demonstra como a questão da vontade não se resolve totalmente no Direito Civil. É preciso observar o regime jurídico da obrigação duradoura, para que se possa determinar como a vontade interage com o tempo, o corpo, a energia e a própria identidade social do sujeito trabalhador. Trata-se de retomar o clássico debate sobre o direito subjetivo se caracterizar como uma vontade protegida pelo ordenamento jurídico ou, em outro sentido, como a proteção jurídica do interesse.

Para operar juridicamente ideias da Teoria da Obrigação e do Direito dos Contratos na seara trabalhista, a legislação social trilhou dois caminhos doutrinários: um primeiro afirmava que a legislação social agia fora do contrato de trabalho, pois possuía normas de ordem pública, que não alteravam as vontades livres e iguais oferecidas por empregado e empregador⁵⁹. Um segundo caminho, porém, descrevia a legislação social

têm por finalidade possibilitar que os indivíduos configurem criativamente relações jurídicas conformemente à sua vontade, uma vez observados os limites a essa vontade derivados do mesmo Ordenamento. (...) Assim, o negócio é *direito*, isto é: é fonte de produção jurídica e de modelos jurídicos. Logo, por ser uma regulação estabelecida finalisticamente, o negócio jurídico se diferencia de todos os demais supostos de fato (*Tatbestand*) estruturados juridicamente e aos quais o Ordenamento também coliga eficácias jurídicas" (MARTINS-COSTA, 2018, p. 508, grifos da autora).

⁵⁹ Trata-se da posição de Barassi, considerado o fundador do Direito do Trabalho na Itália, para quem o contrato de trabalho é uma espécie de contrato de trabalho como arrendamento (BALLESTRERO, 2010, p. 06). Para o autor italiano, não se tratava de entrelaçar o direito privado e o direito público, mas de identificar o objeto da obrigação com seu conteúdo, qual seja, o desempenho prometido pelo devedor-trabalhador. Como afirma Ballestrero (2010, p. 06, *tradução livre*): “Se a promessa de trabalho é um termo de troca, a personalidade do trabalho pode ser conciliada com o conceito econômico de troca (e, portanto, de mercado): ‘a pessoa do trabalhador se enquadra na posição contratual dentro dos limites do conceito de obrigação’. A subordinação é, portanto, livremente desejada pelo trabalhador e deduzida no contrato: e nisso ele também pode ver uma garantia elementar de liberdade para o trabalhador. Certamente conservador, mas não inconsciente dos eventos que se desenrolavam à sua volta, Barassi contribuiu para a legislação trabalhista nascente, a contribuição de uma construção dogmática do contrato de trabalho ao qual a inseparabilidade do trabalho do trabalhador foi adquirida”. Trecho traduzido: “Se la promessa del lavoro è termine di scambio, la personalità del lavoro può conciliarsi con il concetto economico di scambio (e quindi di mercato): ‘la persona del lavoratore rientra nella posizione contrattuale nei limiti del concetto di obbligazione’. La subordinazione dunque è liberamente voluta dal lavoratore e dedotta in

como fonte heterônoma que disciplina e fornece um regime ao contrato de trabalho, reescrevendo os termos da relação contratual. Ballestrero (2010, p. 05) destaca que este segundo caminho, seguido por Canelutti, isolava a relação econômica fundamental e trazia para o debate jurídico a organização das “energias” destacadas do corpo humano e externalizadas; seriam elas o objeto de um contrato de venda realizado, pelo trabalhador ao empregador, que se tornaria proprietário do gozo exclusivo das energias despendidas.

Este movimento de criação de um campo próprio para o contrato de trabalho, nele presente um bem jurídico passível de venda ou arrendamento⁶⁰, corresponde a uma mudança nas formas de ser das relações de trabalho, que pode ter dimensionada sua importância quando realizado o contraste entre os contratos civil e trabalhista, a partir do conceito de “forma jurídica”⁶¹. Trata-se da noção de forma não como uma contrapartida da matéria, da essência ou do conteúdo, mas sim forma como *expressão* do “ser real”, o fenômeno jurídico, que existe como conjunto de formas (CORREAS, 1983, p. 11 a 14).

O real apresenta-se de alguma forma, contém-se na forma, justamente porque a matéria não existe sozinha, nem a essência, nem o conteúdo. Não há realidade sem forma, nem se deve pensar a forma por mero juízo hipotético e abstrato⁶². No caso da

contratto: e in ciò può anche vedersi un'elementare garanzia di libertà del lavoratore. Conservatore certo, ma non inconsapevole degli eventi che si stavano svolgendo intorno a lui, Barassi apportava al nascente diritto del lavoro il contributo di una costruzione dogmatica del contratto di lavoro alla quale era acquisito il dato dell'inseparabilità del lavoro dal lavoratore”.

⁶⁰ Em menção aos tipos clássicos contratuais e, entre eles, da diferença entre contrato de troca na modalidade venda e na modalidade arrendamento, assim conceitua Hegel (1997, p. 78): “1 - A troca como tal: a) De uma coisa qualquer, isto é, de uma realidade qualitativa especificada, por outras; b) Venda ou compra (*emptio, venditio*); troca de uma realidade em geral, que só vale como valor sem ter em consideração o destino que no uso lhe é próprio, isto é, por dinheiro. 2 - Arrendamento (*locatio, conductio*). Alienação do uso temporário de uma propriedade contra o pagamento de uma renda, e em particular: a) De uma coisa específica, o que é a verdadeira locação; b) De uma coisa universal; perante ela o senhorio só é o seu proprietário no que ela tem de geral ou, o que é o mesmo, do seu valor: é o empréstimo (aqui *mutuum* e também *commodatum* com interesse). As demais qualidades da coisa, seja ela um capital, um utensílio, uma casa, *res fungibilis* ou *non fungibilis*, determinam outras condições que não importa considerar (como em A, 2). 3 - Contrato de salário (*locatio operarum*). Alienação do meu trabalho de produção ou da minha prestação de serviço, enquanto alienável, mas por um tempo limitado ou segundo qualquer outra limitação (cf. § 67Q)”.

⁶¹ Oscar Correias menciona, como outras formas de apreensão do fenômeno, as ideias de “reprodução” de determinadas estruturas e de “reflexo” de determinadas estruturas. Entende-as como insuficientes, embora realize o destaque de que no campo da reprodução deve-se buscar não a mera afirmação de que há reprodução, mas sim o entendimento de “como” o direito reproduz relações sociais, em especial a partir de qual setor, cujas especificidades são distintas (CORREAS, 1983, pp. 10 e 11).

⁶² Na sequência dessas reflexões, desenvolve Correias (1983, p. 17, *tradução livre*): “Resumindo, podemos dizer ‘forma’ como oposto a conteúdo, ao menos nestas distintas acepções: a) Forma como norma ou juízo hipotético tipificante e abstrato (do tipo “se A então deve ser B”, como dizia Kelsen) e que parece ser a forma do direito próprio das sociedades mercantis. B) Forma como técnica concreta da forma abstrata: pode dizer-se que no direito anglo-saxão a norma está tacitamente contida no antecedente

forma jurídica trabalhista, sua singularidade consiste no reconhecimento da desigualdade entre os sujeitos contratantes (CORREAS, 1983, p. 24). Disso decorre que a noção de “vontade jurídica” não corresponde à “vontade” real, à expressão plena da autodeterminação do sujeito, mas sim a uma vontade que se realiza em uma forma de equivalência dos intercâmbios, uma figura econômica.

Como descreve Gediel (2000, p. 27), “O movimento de formalização do Direito reduz o significado das relações sociais limitando-o ao conteúdo de relação jurídica, em que o poder de vontade tem a faculdade de vincular os indivíduos abstratamente”. A relação social material e concreta, assim, passa a ser apenas motivo da relação jurídica, que subsiste em uma concepção abstrata, vale dizer, autônoma, independente das particularidades e necessidades dos sujeitos.

A forma jurídica é, desse modo, “(...) um fenômeno da consciência, uma maneira de apreender o mundo social, e, portanto, carregada das ilusões do sujeito. Não obstante, a forma fetichista é eficaz” (CORREAS, 1983, p. 31, *tradução livre*). O Direito do Trabalho expressa a existência, efetiva e contratualizada, de um processo de trabalho, ainda que oculte o processo de valorização⁶³. Como ressalta Mészáros (2011b, p. 163), o contrato realiza a transformação insustentável do substantivo em formal, motivo pelo qual *expressa* uma contradição, e não uma solução para o problema dos antagonismos estruturais.

É possível afirmar que o Direito do Trabalho é “(...) muito mais próximo à luta de classes do que o direito civil” (CORREAS, 1983, p. 32, *tradução livre*), a partir de uma noção de proximidade que identifica direito com poder de tornar jurídico, classificar, dotar de força de lei, ou seja, com uma característica da “não-sistematização” e da “variabilidade”. Entendido dessa forma, é consistente afirmar que há “(...) muito mais abundante e significativas variações da lei laboral, fenômeno que é de menor magnitude no direito civil” (CORREAS, 1983, p. 32, *tradução livre*).

judicial e não é uma lei expressamente ditada pelo Estado como no caso do direito de tipo francês. C) Forma distinta para distintas sociedades: o contrato e o pacto de vassalagem são formas distintas de relações sociais que pertencem a distintas formas de sociedade. D) Forma distinta para distintas formas de direito: o pacto de vassalagem não se encontra formulado em um código como está o contrato. E) Formas como técnicas concretas ao interior do mesmo tipo de direito: a técnica civilista pode eleger entre adotar ou não o pacto comissório tácito entre os contratos inadimplidos” [grifos nossos].

⁶³ O processo de trabalho, para Correias (1983, p. 32) envolve “(...) jornada de trabalho, ritmos de trabalho, férias, salubridade etc.”. O processo de valorização envolve “o homem, a ferramenta, o objeto e o movimento”. Como o autor: “Não aparece o pagamento da força de trabalho, e sim o pagamento do trabalho; e não aparece a criação de valor, mas sim a criação de coisas úteis” (CORREAS, 1983, p. 32, *tradução livre*).

O ritmo dinâmico de alterações legislativas referentes à forma jurídica trabalhista também foi destacado por Gino Giugni (1986, p. 309). Uma periodização oferecida pelo autor permite observar que, desde seu “primeiro tempo”, “(...) o direito do trabalho tem por objeto a criação de uma série de consistentes limites à autonomia dos sujeitos, dirigidos à contenção das formas mais extremas de exploração” (GIUGNI, 1986, p. 315). Entre eles, o autor cita temas como jornada de trabalho, trabalho de crianças e mulheres, acidentes de trabalho, entre outros. No entanto, como destaca, é na regulamentação legal do contrato de trabalho, posterior a esse primeiro tempo, que se forma o “(...) direito do trabalho como sistema científico e aqui está uma das partes mais importantes e vitais dessa disciplina” (GIUGNI, 1986, p. 316).

Nas palavras do jurista italiano:

Se a sociedade por ações é a estrutura jurídica que permitiu a acumulação e emprego dos capitais, o contrato de trabalho é o instituto que tornou possível a organização da produção numa escala até então desconhecida, e portanto a reprodução do próprio capital. A passagem das relações de sujeição pessoal, nas quais se desenvolvia o trabalho por conta de outrem nos sistemas feudais à livre contratação da mercadoria trabalho segue modos muito diferentes entre si que deixarão vestígios na própria conformação final do contrato de trabalho. Nos países latinos, a fratura é talvez mais nítida, dada a força de ruptura da codificação; nos países germânicos, até a primeira guerra mundial, mantêm-se tipos de relações de natureza pessoal e quase servis (...); na América Latina observa-se, durante muito tempo, a influência da ‘encomienda’; no sistema de ‘common law’, é lento e gradual mas segura a passagem do contrato de serviços (‘master and servant’) ao de trabalho (‘contract of employment’). Por todo o lado, e em cada caso a seu modo, é advertida a necessidade de dar ao trabalho assalariado uma veste jurídica adequada (GIUGNI, 1986, p. 319).

A história segue rumos diferenciados, que deixam marcas na conformação dos contratos de trabalho. A pré-história trabalhista dos contratos, como descreve Supiot (2007, p. 108 e 109), teria conhecido a aliança e a troca, que não distinguiram pessoas e coisas e possuíam uma relação de rodeios e domínio com o tempo. No caso da aliança, por exemplo, o próprio objeto permanece indeterminado no momento da conclusão da aliança, como no exemplo do parentesco, “(...) rodeio que permite criar no longo prazo uma relação de obrigação. Mas o objeto dessa relação de obrigação – as coisas e os serviços sobre os quais ela incide – permanece necessariamente indeterminado no momento da conclusão da aliança” (SUPIOT, 2007, p. 109). Outro exemplo utilizado

pelo autor é o do patronato, expressão referente ao modelo de filiação paterna sobre a relação de trabalho⁶⁴.

A troca, por outro lado, vincula uma pessoa a uma coisa, como encadeamento das obrigações de dar, receber e devolver. “Dar uma coisa é um meio de vincular para o futuro a pessoa do donatário, que só poderá desligar-se devolvendo uma coisa por sua vez. Esse encadeamento, do qual saiu a obrigação de pagar as dívidas, implica que um princípio Terceiro (...) venha a garantir a restituição” (SUPIOT, 2007, p. 110). O Terceiro é, então, o “espírito da coisa”, como se pode perceber, inclusive, nos regimes de aposentadoria⁶⁵ (SUPIOT, 2007, p. 110 e 111).

Modernamente, o contrato de trabalho possui uma série de peculiaridades, que o diferenciam das contraturalidades pré-modernas. Por isso, Cabanellas (1966, p. 241) o descreve como um contrato *sui generis*⁶⁶. Um panorama das diferentes interpretações pode ser cindido entre teorias tradicionais e modernas, como propõe Maurício Godinho Delgado (2019, p. 358 e ss.). O primeiro grupo propõe assimilar a relação de emprego às figuras clássicas dos contratos, típicas às teorizações do Direito Civil. Utilizaram, para interpretar a relação de emprego, a teoria do arrendamento⁶⁷, da compra e venda⁶⁸,

⁶⁴ No Direito Romano, a expressão “designa o vínculo que une o liberto ao seu antigo proprietário, aquele que o fez nascer para a vida civil, e cujo sobrenome ele usa” (SUPIOT, 2007, p. 109). No Direito do Trabalho assalariado, “a *filiação* à Previdência Social libertou os empregadores dessa paternidade artificial para passá-la para instituições de solidariedade. O conceito de solidariedade, que é um híbrido de direito das obrigações e de direito de família (...) funda, por sua vez, um parentesco artificial entre os filiados. Mas na Previdência Social a troca é primeira e o vínculo entre as pessoas é apenas sua resultante” (SUPIOT, 2007, p. 109 e 110).

⁶⁵ É interessante a observação do autor no sentido de que é inadequado pensar os regimes de aposentadoria por repartição como um “contrato entre gerações”. Em outro sentido, trata-se de “dar para a geração anterior, receber da geração seguinte, que devolve assim o que foi dado. É através desse jogo de créditos e de dívidas que um regime de aposentadoria cria um vínculo de solidariedade entre as pessoas” (SUPIOT, 2007, p. 111).

⁶⁶ “Es aquel que tiene por objeto la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles o agrícolas. Este contrato, al que se le concede hoy la importancia que en el ordenamiento de las relaciones económicas tiene, se ha separado del antiguo arrendamiento de servicios, teniendo en cuenta la doctrina que el trabajo no es una mercancía. La naturaleza jurídica de este contrato ha motivado largas discusiones: la doctrina es ya coincidente en apreciar en él un contrato *sui generis*” (CABANELLAS, 1966, p. 241).

⁶⁷ Conceção segundo a qual se separam trabalhador e objeto contratual. O Código Civil brasileiro de 1916 adotou essa teoria, ao se referir à locação de serviços (art. 1.216 e ss.) e à empreitada (art. 1.237 e ss.). Uma espécie de contrato de locação, oriunda da distinção entre *locatio operarum* (uma parte coloca o trabalho à disposição de outra) e *locatio operis* (uma parte compromete-se a executar obra ou empreitada), do Direito Romano. Essa teoria foi prestigiada por Planiol, Bonnet, Jossier e Garcia Oviedo (DELGADO, 2019, p. 359).

⁶⁸ Como na figura jurídica anterior, ter-se-ia uma separação entre trabalhador e objeto contratual, com a venda da força de trabalho, do empregado ao empregador. Godinho Delgado (2019, p. 350) critica essa concepção, defendida por Pothier, Laurent, Chatelain e Carnelutti, pois do contrato de compra e venda surge uma obrigação de dar, ao passo que no contrato de trabalho surge uma obrigação de fazer.

do mandato⁶⁹ e da sociedade⁷⁰. Todas as teorias erraram, afirma o autor, pela “(...) incapacidade de apreender, na relação de emprego, qualquer elemento *inovador* em face do quadro teórico então existente no Direito Civil” (DELGADO, 2019, p. 362).

O segundo grupo se caracteriza pela alteração do mecanismo jurídico que liga o trabalhador ao sistema produtivo: no feudalismo, a sujeição; no capitalismo, a subordinação. Propor essa forma de vinculação contratual entre os sujeitos sugere compreender “(...) a diferença específica da relação contratual empregatícia perante as demais relações jurídicas correlatas: não exatamente em seu objeto (prestação de trabalho), mas precisamente no *modo* de efetuação dessa prestação – em estado de subordinação (...)” (DELGADO, 2019, p. 363).

O jurista defende que a subordinação, a pessoalidade, a eventualidade e a onerosidade caracterizam um certo modo ou modalidade, que podemos entender como um *regime*, uma forma jurídica de expressão de modos de ser lícitos de expressão da vontade contratante juslaboral. Pois, como afirma Godinho (2019, p. 363), “A vontade, como se sabe, é a particularização a liberdade em uma relação jurídica concreta. Na relação de emprego, essa vontade (e liberdade) apresenta, é claro, limitações inquestionáveis”.

É da vontade que nasce o contrato, pois o encontro e a convergência da vontade do empregado à vontade empresarial constitui o vínculo e “(...) lança no mundo jurídico, como *contrato*, o instrumento de conexão do trabalhador ao sistema produtivo. Desse modo, sendo essencial a existência da vontade (e, assim, da liberdade), há contrato” (DELGADO, 2019, p. 363).

Nesse mesmo sentido, Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1995) contextualizam que o aparecimento do Direito do Trabalho resultou de dois pressupostos fundamentais: a liberdade do trabalho e a limitação da liberdade de contratar, pois “(...) nos regimes de escravidão e de servidão, a subordinação do homem ao homem apresentava um aspecto de tal forma depressivo da personalidade, que não

⁶⁹ O contrato de mandato se baseia na confiança ou fidúcia entre os contratantes. Talvez isso se aplique a alguns cargos de confiança, mas o elemento da confiança não justifica uma transferência de poder, como se pode verificar no emprego doméstico, o que torna insustentável tal teoria. Pronunciaram-se nesse sentido Troplong, Duranton e Marcadé (DELGADO, 2019, p. 361).

⁷⁰ A teoria da sociedade postula um interesse comum entre empregado e empregador, em direção à produção, mediante atos sucessivos, coordenados e simultâneos. Tratar-se-ia, assim, de um contrato de sociedade *sui generis*, especial. Essa posição foi defendida por Chatelain, Michel Villey, Gérard Lyon-Caen, Renault e outros, como recorda Godinho Delgado (2019, p. 361): “*affectio societatis* e subordinação são situações e conceitos que tendem a se excluir, inviabilizando a equiparação das duas figuras cotejadas. Além disso, a comunhão de poderes e responsabilidades que caracteriza a sociedade e a relação entre os sócios distancia largamente a figura societária do contrato empregatício”.

há como pensar-se em relação de trabalho nos termos que hoje se concebe” (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 29).

É possível, também, defender que a vontade não cumpre papel significativo na constituição e desenvolvimento do trabalho subordinado⁷¹, compreender a empresa como uma instituição, um “(...) corpo social que se impõe objetivamente a um certo conjunto de pessoas e cuja permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros componentes” (DELGADO, 2019, p. 367)⁷².

A posição é defendida por Moraes Filho (1965, p. 37), avesso à abstração dos indivíduos e coletividades do Direito do Trabalho⁷³. O Direito Civil, então, seria de natureza dispositiva e preencheria lacunas deixadas pelas partes; o Direito do Trabalho, porém, seria um direito cogente, que determina a vontade dos indivíduos e regula a conduta social: “(...) recuando a vontade dos indivíduos e avançando a da lei, em nome da coletividade dos interesses sociais e da necessária solidariedade entre os homens. Inúmeras e múltiplas situações extracontratuais são criadas, em nome da equidade e da justiça, em detrimento do contrato” (MORAES FILHO, 1993, p. 64).

Observado por esse aspecto, o Direito do Trabalho fazia recuar a vontade dos indivíduos e avançar a da lei. Enquanto isso, o Direito Civil compreendia, até o século XIX, a autonomia do sujeito como capacidade de governar-se e criar regras válidas no vazio, por um lado, e pelo exercício do direito de propriedade, com a liberdade de apropriação de bens, por outro (CORRÊA; GEDIEL, 2018)⁷⁴.

⁷¹ Posição denominada “Teoria da Relação de Trabalho” e defendida, no Brasil, por Oliveira Viana, Cesarino Júnior e Rego Monteiro. Na América Latina, foi defendida por Mario de La Cueva (DELGADO, 2019, p. 365).

⁷² Posição denominada “Teoria Institucionalista” e defendida, no Brasil, por Luiz José de Mesquita. Em outros países, por Paul Durand e Jaussaud (DELGADO, 2019, p. 367).

⁷³ “(...) [Abstrair quem sejam os sujeitos da relação de emprego] seria a própria negação da razão de ser da constituição do novo direito: desenganadamente intervencionista a favor de um dos lados da relação, para equilibrá-la e exatamente pela sua posição de inferioridade econômica e social. (...) Compreendemos, pois, como Direito do Trabalho o conjunto de princípios e de normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado e outros aspectos deste último, como consequência da situação econômica das pessoas que o exercem” (MORAES FILHO *apud* SILVA, 2015). Como destaca Sayonara Grillo, sobre o autor: “Mais que reivindicação de classe, o intervencionismo é sua nota distintiva, faceta do abandono do papel absenteísta que se transforma em ‘Estado positivo’, para mitigar consequências do regime capitalista” (SILVA, 2015).

⁷⁴ “Herdeira do pensamento liberal clássico, a autonomia, em sentido jurídico, significa, em primeiro lugar, a possibilidade de o sujeito governar-se e criar regras válidas em um vazio deixado pelas regras jurídicas heterônomas. Esse espaço de liberdade é constituído para estabelecer limites à atuação do poder estatal e de outros indivíduos, sobre interesses egoísticos, que dizem respeito apenas ao próprio sujeito e são essenciais para a manutenção de sua liberdade. (...) O segundo significado de autonomia jurídica é encontrado na ideia de liberdade de apropriação e de exercício do direito de propriedade, considerando-se que esse exercício estabelece limites para os demais membros da comunidade, em relação aos bens individualmente apropriados. Correlatamente a essa liberdade de apropriação surgiu a necessidade de se

É relevante, para compreender a teoria do contrato, realizar uma primeira distinção entre liberdade e vontade. Gomes e Gottschalk (1995, p. 144), nesse sentido, assentam: “Se a liberdade falta, o regulamento pode ser aceito por força, mesmo se não convém. Neste caso, não é a vontade que está ausente, mas a liberdade”. Ausente a liberdade, o contraente suporta a imposição, ao invés de aceitar uma proposta. Assim: “O empregado quer, sim, o regulamento da empresa, quando o aceita; mas, não o quer porque lhe agrada, embora não lhe agradando o aceita; porque não pode deixar de o querer” (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 144).

O trabalhador diante do contrato de trabalho obriga-se a uma prestação de fazer, caracterizada como um “(...) ato existencial do empregado, que no praticá-lo, sob ordens do empregador, compromete, também, o seu ser. Pelo simples fato de obrigar-se, tornando-se devedor de trabalho, já limita sua liberdade, e, porque coloca-se à disposição o empregador, limita-se mais ainda (...)” (CATHARINO, 2012, p. 164). Como leciona José Martins Catharino (2012, p. 164), no entanto, “(...) trabalhar é prestação de fazer, mas não pura ou exclusivamente de fazer, despendendo energia psicofísica (não há trabalho exclusivamente material, nem intelectual, e sim preponderantemente de uma ou de outra espécie (...))”.

O juslaboralista assevera, dessa forma, que há uma implicação da personalidade da trabalhadora e do trabalhador na obrigação laboral, que a faz merecer a qualificação de obrigação de fazer “personalíssima, infungível, impossível de ser executada compulsoriamente de forma específica, (...) ‘dando de si’, embora apenas economicamente, [o que faz com que] do ponto de vista externo, do resultado material do trabalho, seja possível dizer-se que o empregado transmite ‘coisa-trabalho’” (CATHARINO, 2012, p. 165).

A diversificação contratual e o crescimento das contratualidades híbridas interferem no conteúdo contratual e, em especial, nos poderes e deveres do empregado e do empregador. Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1995, p. 188) descrevem que o contrato de trabalho disciplina duas obrigações fundamentais: “(...) a obrigação da prestação de trabalho a cargo do empregado e a obrigação da contraprestação de remuneração, a cargo do empregador”. Ao lado delas, no entanto, subsistem as obrigações instrumentais ou acessórias, bem como os poderes e deveres, os quais “são

afirmar a autonomia do sujeito, para permitir a circulação desses bens entre proprietários e não-proprietários, por meio do contrato” (CORRÊA; GEDIEL, 2018).

maiores ou menores conforme a modalidade do contrato de trabalho subordinado” (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 188).

A coisa-trabalho de que fala Catharino envolve uma certa alienação ou disposição de si e exige, portanto, enfrentar a temática do tratamento jurídico destinado ao corpo do sujeito de direito. O problema é informado pelo divórcio moderno entre liberdade e direito subjetivo, “(...) entre direito e poder, [que] vai gerar, em parte, as dificuldades de adequação do tratamento jurídico do corpo humano aos modelos conceituais do século XIX e, em especial, à categoria jurídica direito subjetivo” (GEDIEL, 2000, p. 19). O direito subjetivo deixa de ser uma “liberdade em potência” e se transmuta em “vontade livre e autônoma”:

As potencialidades individuais foram pouco a pouco assimiladas pelo Direito estatal, sobrevivem limitadas pelo critério de licitude e assumem o caráter de vontade condicionada por critérios jurídicos. Os direitos inatos, desde então, têm sua compreensão teórica e força social vinculante dependentes da lei (GEDIEL, 2000, p. 20).

(...) O poder de vontade individual apresenta-se como o ponto central para a compreensão do direito subjetivo, mas também é de fundamental importância o fato de esse poder ser atribuído ao indivíduo pela ordem jurídica estatal. Vale dizer, não é um poder natural, imanente e moral, mas sim concedido pelo Estado, sem preocupações morais ou, em outras palavras, o direito objetivo é que cria o direito subjetivo e determina sua moralidade (GEDIEL, 2000, p. 24).

Ocorre que a autonomia privada em relação ao próprio corpo é reduzida, em relação à autonomia privada no que concerne a disposições patrimoniais, como demonstrou Gediel (2000, p. 97), ao recuperar a lição de Perlingieri pela qual a liberdade não deve ser vista como uma “(...) vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesmo”. O itinerário de discussões, que resulta nessa concepção de vontade, envolveu o debate entre subjetivistas e objetivistas⁷⁵

⁷⁵ Do ponto de vista da relação entre vontade e disponibilidade do corpo, pode-se observar esta controvérsia a partir do contraste entre o subjetivismo de Savigny e do objetivismo de Jhering, bem captado por Gediel (2000, p. 30): “A controvérsia, ao problematizar o conceito de direito subjetivo, enfrentou, ainda, a dificuldade de se definir o corpo como mero objeto da relação jurídica. Os subjetivistas, como Savigny, não podiam negar o poder de vontade, mas por outro lado, não poderiam admitir um direito constituído sobre o corpo. Argumentavam que a pessoa humana não pode, a um só tempo, ser sujeito e objeto de uma relação jurídica, pois o Direito define as coisas por oposição ao sujeito. Assim, somente as coisas exteriores, isto é, estranhas à esfera constitutiva do sujeito, poderiam ser objeto de qualquer relação jurídica. Em sentido contrário, para aqueles que assinalavam a precedência absoluta do direito objetivo em relação ao direito subjetivo, o corpo apresentava-se passível de reificação, desde que houvesse previsão legal. (...) Os juristas que admitiam a reificação do corpo refutavam, contudo, a possibilidade de sua circulação comercial, (...)”.

e a percepção da “(...) insuficiência teórica das concepções de direito subjetivo para regular as relações intersubjetivas não patrimoniais” (GEDIEL, 2000, p. 28).

O que Rodotá (2018) denomina governo da vida, realizado pela disposição contratual trabalhista, pode também ser caracterizado como “(...) uma relação interprivada, [em que] dois sujeitos autônomos e livres pactuam um contrato (de trabalho), mediante o qual se instala e explicita uma relação de poder” (COUTINHO; ARAÚJO, 2016, p. 137). A relação de poder só é possível, juridicamente, porque a autodeterminação laiciza a personalidade e permite a disposição do próprio corpo.

Os dois verbos utilizados por Coutinho e Araújo (2016) não são ocasionais. Por um lado, o contrato *instala* a relação jurídica, complexa e dotada de uma *forma* jurídica. Por outro lado, o contrato *explicita* a relação, ao estabelecer o que é permitido e proibido para as atividades do empregado, que pode ter *consciência* de sua situação. Daí que os graus da autodeterminação do sujeito podem ser discutidos, relativizados, ponderados, e a contradição⁷⁶ certamente é a marca da vontade do trabalhador sob o sistema sociometabólico do capital, no qual o sujeito trabalhador se nega para se afirmar, contratualmente, livre e subordinado.

Afirmar a existência da relação de poder, no entanto, colocou o problema de pensar ou verificar a autonomia onde há determinação heterônoma da vontade explícita. Isso levou alguns à defesa do caráter não contratual da relação de trabalho e outros à busca pela compreensão conceitual do tipo de vontade que se expressa na relação jurídica laboral. Na Inglaterra, Kahn-Freund (1983) defendeu um papel ativo do Direito do Trabalho, para infundir lei em uma relação de comando e submissão⁷⁷, em proteção

⁷⁶ Economicamente, o direito dos contratos é o direito dos agentes econômicos *privados*, no qual a antinomia ou contradição é a lógica que move a relação contratual, em um equilíbrio irresolvido, aberto. A contradição do indivíduo, resultante da cisão entre econômico e político, é assim resumida por Paulani (1996, p. 105 e 106): “(...) se politicamente a contradição é visível, economicamente ela fica escondida: o agente econômico parece inteiramente livre e pode agir soberanamente; o que o restringe não é a sociedade, mas uma coisa chamada dinheiro (por meio dessa coisa o mercado esconde o que é sociedade). Assim, se no plano político a admissão da sociedade é o pressuposto da existência efetiva da individualidade (expondo e acomodando a contradição), no plano econômico a individualidade parece se pôr autonomamente e como a contradição parece não existir fica irresolvida”.

⁷⁷ “O principal objetivo do direito do trabalho sempre foi, e ousamos dizer que sempre será, ser uma força compensatória para combater a desigualdade de poder de barganha que é inerente e deve ser inerente à relação de trabalho. A maior parte do que chamamos de legislação protetora (...) deve ser vista neste contexto. É uma tentativa de infundir lei em uma relação de comando e subordinação” (KAHN-FREUND, 1983, p. 18, *tradução livre*). Trecho traduzido: “The main object of labour law has always been, and we venture to say will always be, to be a countervailing force to counteract the inequality of bargaining power which is inherent and must be inherent in the employment relationship. Most of what we call protective legislation (...) must be seen in this context. It is an attempt to infuse law into a relation of command and subordination” (KAHN-FREUND, 1983, p. 18).

ao contratante mais fraco, para retomar uma expressão dos estadunidenses Commons e Andrews (1936).

As ambiguidades da liberdade contratual já eram destacadas desde o século XIX, nos Estados Unidos, nos debates realizados em Comitês Legislativos de Trabalho, onde se afirmava que “um estômago vazio não pode fazer contratos, (...) um trabalhador não consente, submete-se, mas não concorda” (FORBATH, 1985, p. 811, *tradução livre*)⁷⁸. A doutrina italiana ficou conhecida, no entanto, por ter sustentado um núcleo de relevância da vontade como subsistente, no contrato de trabalho, ao menos para estipulação de normas mais favoráveis ou para a constituição da relação (GIUGNI, 1986, p. 326).

O desenvolvimento da reflexão sobre a forma jurídica contratual trabalhista obedeceu, como se viu, à busca pela identificação da relação de trabalho com o tipo contratual romano da *locatio operarum* ou da *locatio operis*, em exegese carregada de anacronismo histórico, justificada pelo ambiente intelectual da sistemática pandectística⁷⁹. Após o momento de subsunção da relação trabalhista a algum tipo contratual já previsto no ordenamento jurídico, o trabalho dos juristas passou a ser o de

⁷⁸ Como narra William Forbath (1985, p. 811, *tradução livre*): “Dentro do sistema de trabalho assalariado, escreveu outro advogado das Oito Horas, o trabalhador era um 'membro itinerante'. As 'leis não obrigam ninguém a trabalhar por mais tempo do que lhe seria aceitável; mas quando um homem não tem meios de subsistir, suas necessidades o obrigam a trabalhar, e ele deve pedir emprego como favor a alguém que possui a propriedade necessária para realizar o trabalho produtivo. Em linguagem simples, a propriedade é um tirano e o povo é seu escravo'. Em outras palavras, 'liberdade de contrato' entre empregador e funcionário é uma ideia ilusória. Como George E. McNeill, outro porta-voz da Oito Horas da Liga, argumentou ao Comitê de Trabalho do Legislativo de Massachusetts em 1874: 'A mercadoria do trabalhador perece todos os dias além da possibilidade de recuperação. Ele deve vender o trabalho de hoje apenas hoje ou nunca'. Os termos dessa venda foram estabelecidos pelo empregador. 'Um estômago vazio não pode fazer contratos.' Os trabalhadores 'não consentem, submetem-se, mas não concordam'”. Trecho traduzido: “Within the wage labor system, wrote another Eight Hour advocate, the laborer was an ‘itinerant chattel.’ The ‘laws do not compel anyone to work a longer time than may be acceptable to him; but when a man is without means to subsist upon, his wants compel him to work, and he must ask for employment as a favor from someone who has the property required to carry on productive work. In plain language, property is a tyrant, and the people are its slaves’. In other words, ‘freedom of contract’ between employer and employee was illusory. As George E. McNeill, another Eight Hour League spokesman, argued to the Massachusetts Legislature’s Labor Committee in 1874: ‘The laborer’s commodity perishes everyday beyond possibility of recovery. He must sell today’s labor today, or never.’ The terms of such a sale were thus set by the employer. ‘An empty stomach can make no contracts.’ The workers ‘do not consent, they submit but they do not agree.’” (FORBATH, 1985, p. 811).

⁷⁹ Na visão de Clóvis V. do Couto e Silva (2006, p. 31): “A construção sistemática do direito, tal como a empreenderam os pandectistas, procurou estender uma rede de princípios rígidos, os quais, praticamente, não comportavam exceções. Princípio dominante era o de autonomia da vontade e, conceito central do sistema, o de negócio jurídico. A prodigiosa sistematização então elaborada supunha, ainda, um mundo jurídico sem lacunas e uma firme teoria das fontes das obrigações”. O comentário de Gino Giugni (1983, p. 320) esclarece a relação entre a pandectística e o direito romano: “Como dominava ainda a grande sistemática pandectística, considerando-se como certo que o direito não é inventado pelo jurista, mas sim encontrado nas fontes, o fundo inesgotável a que se recorreu, perante a carência dos códigos burgueses, foi o direito romano”.

conferir destaque às características que diferenciam o contrato trabalhista em relação ao contrato civil, como a atividade do empregado. O contrato de trabalho passa a ser entendido como aquele cujo objeto é uma *prestação de serviços*, com natureza contínua, em contraposição à obrigação de realização de obra, que constituiria um contrato não trabalhista.

Nos países do “socialismo real”, desenvolveu-se uma diferenciação entre o direito capitalista do trabalho e o direito socialista do trabalho. O jurista alemão Wolfgang Daubler (1981, p. 92) afirma que o direito capitalista do trabalho tem uma natureza dupla, pois protege os trabalhadores, mas também contribui para a manutenção das condições sociais prevaletentes, em especial no direito coletivo do trabalho e nas normas de saúde do trabalho.

O direito do trabalho nos países socialistas, como compara Daubler (1981, p. 93, *tradução livre*): “(...) é um meio conscientemente usado pelo Estado simultaneamente para aumentar a produtividade e salvaguardar o desenvolvimento cada vez maior da personalidade dos trabalhadores”⁸⁰. Assim, este duplo caráter do ramo juslaboral, referente ao aumento da produtividade e desenvolvimento da personalidade, realizar-se-ia com normas referentes ao aumento da produtividade e da capacidade criativa dos operários⁸¹.

Esta é uma visão bastante questionável, sabe-se há um tempo. Fato é que nos países soviéticos manteve-se intacta a divisão hierárquica do trabalho e, por isso, tornou-se célebra a distinção estabelecida por István Mészáros entre capital e capitalismo.

A URSS pode ser caracterizada como pós-capitalista, justamente por não ter eliminado o pilar fundamental do sistema sociometabólico do capital, qual seja, o trabalho sob a autoridade de vontade alheia, isto é, exercido com um controle pessoal separado ou, como define Mészáros (2011, p. 719), sob um “novo tipo de personificação do capital”. Para o autor húngaro, as personificações do capital só podem ser superadas

⁸⁰ Trecho traduzido: “Labour law in socialist countries has a different goal. According to it claims, it is a means consciously used by the state simultaneously to enlarge productivity and to safeguard the ever increasing development of the workers' personality” (DAUBLER, 1981, p. 93).

⁸¹ Gino Giugni (1986, p. 329 e 330) ressalta a prevalência de elementos de colaboração, em detrimento de elementos conflituais na ideologia jurídica dos países do socialismo real, por conta da disciplina socialista do trabalho. Ainda assim, as tendências não foram uniformes: “(...) a referência à disciplina socialista (conforme o Código do Trabalho checoslovaco de 1970 e o Código do Trabalho da R.D.A. de 1961) que é propriamente a ideia de uma intensa fidelidade à empresa, não surge no recentíssimo Código do Trabalho polaco (1976), que (art. 12) impõe ao trabalhador, em termos mais moderados, o dever de ‘se empenhar para conseguir do seu trabalho os melhores resultados possíveis e o de manifestar, nesse sentido, o espírito de iniciativa apropriado bem como de cuidar do interesse e dos bens da empresa’”.

pela autodeterminação autônoma dos trabalhadores associados, processo que não ocorreu na URSS, que eliminou o capitalismo, mas não o capital.

Um inventário das propostas conceituais realizadas pelos juristas para compreensão do conteúdo da relação trabalhista tem como passo seguinte, conforme relata Gino Giugni (1983, p. 321), a construção da figura conceitual da subordinação do empregado às diretivas do empresário.

O poder entre empregado e empregador adquire expressão conceitual e se tem, então, um critério de individualização do contrato de trabalho que, posteriormente, viria a se generalizar em vários ordenamentos jurídicos no mundo. A orientação jurídica alemã, de autores de inspiração social-democrata como H. Potthoff e H. Sinzheimer, qualifica substancialmente o elemento da subordinação, ao valorizar o elemento empresa ou organização do trabalho, enfraquecendo ou com intenção de superar a concepção atomística e individualista do contrato.

O poder do empregador e os conteúdos contratuais se diversificam e, assim, modificam o primeiro “sistema científico” do Direito do Trabalho (GIUGNI, 1986), avançam sobre o corpo como “obscuro objeto contratual” (SUPIOT, 2016) e com isso implicam ameaça aos direitos de liberdade, com especial efeito sobre a noção de direito subjetivo e de autonomia privada.

As marchas e contramarchas da proteção do trabalho diante do poder empregatício, portanto, fazem interagir a liberdade contratual com as diferentes violações de direitos experimentadas pelas trabalhadoras e pelos trabalhadores. As ambiguidades e paradoxos resultantes da afirmação do corpo como objeto obscuro do contrato de trabalho passam a se projetar sobre o tempo, a privacidade e a identidade das pessoas que trabalham.

b) Objeto contratual: tempo, privacidade e identidade

Esta subseção realiza uma aproximação ao problema do corpo como objeto do contrato de trabalho. Observa esta regulação da perspectiva da ambivalência de um regime jurídico que afirma proteger os direitos da personalidade de quem trabalha, mas submete a pessoa a um regime jurídico próximo ao do direito de propriedade. Essa perspectiva se acentua quando o corpo da pessoa que trabalha é um corpo discriminado, de negros e negras, mulheres e LGBTIs, como se problematizará.

As contratualidades juslaborais não têm coisas ou mercadorias como objeto, mas pessoas, que exigem uma finalidade distinta para o instrumento contratual. A

proteção social estatal sobre o objeto do contrato de trabalho informa qual forma de compromisso e conciliação é oferecida pelo Estado a respeito do grau de exploração lícito, em especial no pós Segunda Guerra. Os diferentes campos de incidência de indisponibilidade de direitos da pessoa foram construídos como democratização da relação de trabalho e voltam ao debate público, com a expansão dos contratos híbridos e atípicos.

Os institutos jurídicos pré-modernos não subsistem, no âmbito da dogmática jurídica, após o Tratado de Versalhes (1919). No sentido moderno, a frase "o trabalho não é uma mercadoria" adquiriu um significado ético e legal mais amplo de uma recusa do valor mercantil do trabalho, "(...) transferindo a proteção do trabalho abstrato para os direitos fundamentais da pessoa que trabalha, para quem o trabalho é uma oportunidade para o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso material" (BALLESTRERO, 2010, p. 08, *tradução livre*)⁸².

Esse postulado fundamental, no conteúdo, reflete o fechamento "definitivo" da controvérsia econômico-liberal, ao menos desde a Declaração da Filadélfia (1944)⁸³. No entanto, como destaca Ballestrero (2010, p. 08 e 09), a polêmica volta a emergir com a desregulamentação do trabalho e o novo vigor oferecido pelas convergências entre Direito Civil e Direito do Trabalho, no que concerne à proteção dos direitos da personalidade e à mercantilização da pessoa que trabalha.

Sobre o tema, desenvolve Coutinho:

(...) [O modelo brasileiro] reproduz a relação de poder ínsita à tomada da força de trabalho pelo capital; na mesma trilha seguem todas as legislações do mundo ocidental capitalista. Afinal, o Direito do Trabalho é 'o' Direito Capitalista do Trabalho, reproduzidor da ordem estabelecida. Nada ou muito pouco democrático, se por democracia se entender limitação ao poder e garantias de efetivação das oportunidades conforme direito. Mas quando o direito pela legislação infraconstitucional não regulamenta e, destarte, não assegura a garantia de emprego, tudo se desmancha no ar. (COUTINHO, 2013, p. 178)

⁸² Trecho traduzido: "(...) spostando la protezione dal lavoro in astratto ai diritti fondamentali della persona che lavora, per la quale il lavoro è opportunità di sviluppo della persona umana e di progresso materiale" (BALLESTRERO, 2010, p. 08).

⁸³ "Cinco características básicas fazem emergir do texto, ainda para Supiot, um 'espírito da Filadélfia': o fato de tratar de princípios afirmados e não revelados; a construção na experiência da guerra e da barbárie; o reconhecimento universal da dignidade de todos os membros da espécie humana; a ligação dos princípios de liberdade e segurança; a subordinação da organização econômica à justiça social" (NICOLI, 2015, p. 174 e 175).

Acontece que o fechamento não é definitivo. Uma ambiguidade fundamental da liberdade contratual reside no fato de que a regulação é uma regulação *flexibilizada*, raciocínio que será retomado para o desenvolvimento do conceito de *ilegalidades constitucionais do trabalho*. O contrato de trabalho, nesse sentido, ganha particular importância por regular uma relação de poder, em que o tempo, o corpo e a identidade do trabalhador são tomados, comprados, remunerados.

Uma primeira aproximação ao objeto da relação de trabalho é oferecida por Coutinho e Araújo (2016, p. 137), que o definem como o tempo de vida, pois não se trata “de uma obrigação de resultado, nem um contrato de atividade. É tempo de vida, limitado por uma jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais que é tomado e remunerado”.

A consideração do tempo como objeto do contrato de trabalho suscita um dos mais complexos temas de Teoria dos Contratos. Ao relembrar François Ost (1999, p. 204), Martins-Costa (2018) desenvolve a ideia de que “todo contrato configura um ato de apreensão e de comprometimento do futuro, sendo por demais conhecida a qualificação que lhe foi dada por Maurice Hauriou como ‘ato de previsão’” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 647). A declaração contratual possui uma promessa de cumprimento implícita, que seria a “modalidade normativa destinada à apreensão do futuro” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 647).

Ainda que ambíguo e enigmático, o contrato de trabalho possui um conteúdo determinado ou determinável. A ciência jurídica realizou um forte esforço, como recorda Rodotá (2018, p. 145), para “liberar o corpo e a vida do terrível invólucro proprietário”, laicizando o poder sobre os sujeitos, ao retirar de forças externas decisões sobre a personalidade. Ao mesmo tempo, este poder de disposição próprio ao sujeito legitima a exploração na forma de venda da força de trabalho, realizada por alguém que é considerado *livre* e dotado de *personalidade*, como explica Rodotá (2018, p. 145): “(...) [O poder de disposição individual] servia sobretudo para legitimar a alienação da sua força de trabalho, dando prevalência à dimensão mercantil. Agora, não a propriedade, mas a personalidade se torna o contexto em cujo interior deve ser colocado o governo da vida”.

O objeto obscuro do contrato de trabalho é o próprio corpo do trabalhador, atravessado pela obrigação contratual, como denunciou Supiot (2016, p. 70) ser uma “questão que a análise patrimonial conduz justamente a ocultar”, mas que é revelada

pela própria legislação juslaboral, pois “se a teoria jurídica não o diz, só o murmura, o direito positivo encontra aí a sua pedra angular” (SUPIOT, 2016, p. 73).

Nesse mesmo sentido, veja-se o que Marx (1974) afirma, em *O Capital*, sobre o que ele qualifica como “desperdício de vida e da saúde dos trabalhadores”: “[O capital] esbanja seres humanos, desperdiça carne e sangue, dilapida nervos e cérebro. Na realidade, só malbaratando monstruosamente o desenvolvimento individual assegura-se e realiza-se o desenvolvimento da humanidade (...)” (MARX, 1974, p. 99).

A possibilidade de disposição corporal pelo contrato de trabalho suscitou novas questões para o já ambíguo estatuto jurídico do corpo⁸⁴, como caracterizado por Corrêa e Gediel (2018). Os autores apresentam um contraste, segundo o qual, por um lado, o corpo é considerado o substrato físico do sujeito livre e, portanto, deve ser protegido, submetido a regime jurídico dos direitos de personalidade⁸⁵. Por outro lado, a autonomia e a privacidade pressupõem um corpo como externo ao sujeito, submetido à vontade, o que o aproxima de “coisas” sujeitas à apropriação, ou seja, em um regime jurídico do direito de propriedade⁸⁶.

Essa tensão entre corpo como substrato indisponível e corpo como bem jurídico sujeito a uma apropriação levou à constituição de termos ambíguos, como o de “consentimento informado”, que buscam compatibilizar a crença na legitimidade da disposição de vontade, expressa na palavra consentimento, embora se mantenha um núcleo de desconfiança em relação à capacidade de decisão sem apoio científico ou técnico, que se verifica na palavra “informado”⁸⁷.

No âmbito da conflituosidade inerente à contratualidade laboral, o tema se torna ainda mais sensível, pela combinação entre condição subordinada do empregado

⁸⁴ “A resposta do direito a essas transformações científicas torna o estatuto jurídico do corpo ambíguo, pois embora ele continue a ser tratado como substrato físico do sujeito, a autonomia da pessoa é requisitada para tornar lícitas as intervenções no corpo” (CORRÊA; GEDIEL, 2018).

⁸⁵ “Ocorre que a submissão do corpo à vontade do sujeito também requer uma prévia classificação jurídica do corpo. Segundo essa classificação o corpo é definido, ora como substrato físico vinculado ao sujeito e seu domínio, ora como coisa externa ao sujeito. A primeira definição corresponde às exigências de manutenção da vida, da saúde e do desenvolvimento individual. A segunda permite o acesso ao corpo pela ciência e facilita sua circulação nas redes científicas e no mercado” (CORRÊA; GEDIEL, 2018).

⁸⁶ “A autonomia e privacidade do sujeito pressupõem um corpo que lhe é externo, submetido a sua vontade, o que o aproxima das coisas jurídicas suscetíveis de apropriação. Essa concepção de corpo favorece uma apropriação senão do corpo por inteiro, de suas partes destacadas. O estatuto jurídico do corpo é, portanto, ambíguo, pois embora esteja submetido ao regime jurídico dos direitos da personalidade (pessoais), seu modelo é decalcado do direito de propriedade” (CORRÊA; GEDIEL, 2018).

⁸⁷ “A ambiguidade do regime jurídico aplicado ao corpo articula-se com a ambiguidade de fundamentos contido na construção da expressão ‘consentimento informado’. A formulação bioética desse conceito aposta, simultaneamente, na razão autônoma da pessoa para tomar decisões sobre sua vida e seu corpo, e na necessidade de que essa pessoa seja guiada pelo saber científico para tomar uma decisão racional e ‘informada’” (CORRÊA; GEDIEL, 2018).

e afirmação de seus direitos da personalidade, o que leva o Direito do Trabalho a afirmar a proteção na privação da liberdade:

(...) [São] dois princípios essenciais: o primeiro, que se traduz na restrição da subordinação à necessidade e inevitabilidade para a prestação de trabalho; o segundo, que se refere ao fato de que o empregado, ao se colocar no espaço de restrição de liberdade em decorrência da situação de subordinação, não abre mão - e nem poderia - de sua 'vida extra-laboral', ou seja, 'o princípio de que mesmo na prestação de trabalho o trabalhador continua a ser titular de direitos e de liberdades inalienáveis' (COUTINHO; ARAÚJO, 2016, p. 151).

Observa-se, aqui, uma segunda aproximação ao objeto contratual trabalhista: a pessoalidade do trabalhador, inseparável do seu tempo. A implicação da pessoa ou o perfil personalista da relação de emprego foi construído, inicialmente, como uma forma de levar em consideração, na relação contratual, a desigualdade substancial entre as partes contratantes, na diferenciação entre sujeito e objeto do contrato de trabalho. Esta tensão entre sujeito e objeto do contrato, resolvida para os juristas no campo da definição conceitual, permanece como tensão e violência nas relações intersubjetivas.

Transformou-se em modelo o contrato de trabalho subordinado, movimento pelo qual o trabalhador passou a ser considerado um contratante fraco e se reduziu o espaço à autonomia contratual das partes. Os contratantes expressam licitamente, apenas, a estipulação de cláusulas *intuitu personae* mais favoráveis para o trabalhador (BALLESTRERO, 2010, p. 10). A concepção não-mercantil de trabalho, também, passou a levar em consideração a pessoa “de carne e osso”, e não um ideal abstrato de sujeito trabalhador, o que consistiu, do ponto de vista da intervenção legislativa no contrato, na proteção da saúde e da integridade física do trabalhador, consideração que oferece à contratualização elementos não apenas pecuniários (BALLESTRERO, 2010, p. 10).

Operar juridicamente a desmercantilização da pessoalidade do trabalhador, retirando-a da esfera da circulação e a elevando a bem indisponível do pós Guerra gerou um campo propício ao avanço da espoliação do trabalho. Ruy Braga (2017) realça aspectos desse fenômeno, observando que a “desmercantilização” do pós-guerra: “(...) criou um ‘exterior’ disponível para ser eventualmente ‘remercantilizado’. A geração ativa de um ‘exterior’ implica que a reprodução da dinâmica da acumulação por espoliação é, em termos capitalistas, interminável” (BRAGA, 2017, p. 246).

O ordenamento jurídico laboral recepciona a autonomia privada por meio de “negócios-tipo”, como o contrato individual de trabalho, o contrato coletivo de

trabalho⁸⁸ e alguns contratos especiais⁸⁹. O contrato de trabalho típico é considerado um “negócio jurídico bilateral, de trato sucessivo, comutativo e oneroso, por meio do qual um empregado, pessoalmente e com subordinação, renova constantemente a sua obrigação de prestar ou colocar a sua força de trabalho à disposição de um empregador, mediante remuneração” (COUTINHO, 1997, p. 333).

Nesse contrato típico, o *tempo de vida* disponível à contratação é limitado, ainda que não seja indisponível. A *pessoalidade*, por outro lado, foi considerada indisponível à contratação, ainda que traços de moralização do direito sejam constituintes dessa perspectiva teórica⁹⁰. É possível postular, nesse sentido, que o tempo de vida é objeto contratual no sentido da exploração do trabalho; já aspectos da personalidade indisponíveis, quando tornados objeto contratual, expressam uma acumulação espoliativa do trabalho, pois são reificados aspectos da personalidade que não eram considerados, até então, “mercadorias”⁹¹.

⁸⁸ Há uma clássica distinção, estabelecida por Oliveira Vianna, entre contrato coletivo e convenção coletiva, como explica Valda Maria Ribeiro Costa (1993, p. 139, *grifos da autora*): “[A diferença] Deriva do objeto contratado em uma e outro. Através do contrato, contrata-se um serviço, um trabalho. Na verdade, ele é um ‘feixe de contratos individuais’, nos quais as obrigações terminam quando termina o trabalho e o salário é pago. Através da convenção o que se contrata não são serviços, mas *normas*, pelas quais se deverão reger os futuros contratados. A convenção coletiva é um pequeno código de normas a que ficarão subordinados todos os futuros contratos (Vianna, 1938, p. 151)”. De maneira geral, no entanto, utilizam-se as expressões de forma indistinta, como nesta tese.

⁸⁹ Na definição de Aldacy Coutinho (1997, p. 334), são contratos especiais de trabalho aqueles que possuem peculiaridades decorrentes da natureza da prestação de serviço, como o caso do empregado doméstico e do trabalhador rural.

⁹⁰ Nussbaum (1998), analisando o trabalho sexual, critica como a moralização atinge de forma diferenciada os corpos como objetos contratuais. Como defende: “Ao lidar com essas questões, devemos começar pela compreensão de que não há nada errado em tirar dinheiro pelo uso do corpo. É assim que a maioria de nós vive, e o reconhecimento formal desse fato por contrato é geralmente uma coisa boa para as pessoas, protegendo sua segurança e suas condições de emprego. O que parece errado é que relativamente poucas pessoas no mundo têm a opção de usar seu corpo, em seu trabalho (...)” (NUSSBAUM, 1998, p. 723, *tradução livre*). Trecho traduzido: “In grappling further with these issues, we should begin from the realization that there is nothing per se wrong with taking money for the use of one's body. That is the way most of us live, and formal recognition of that fact through contract is usually a good thing for people, protecting their security and their employment conditions. What seems wrong is that relatively few people in the world have the option to use their body, in their work (...)” (NUSSBAUM, 1998, p. 723).

⁹¹ O conceito de reificação será trabalhado, nesta tese, a partir da compreensão lukacsiana, em *História e Consciência de Classe*: “A essência da estrutura da mercadoria já foi ressaltada várias vezes. Ela se baseia no fato de uma relação entre pessoas tomar o caráter de uma coisa e, dessa maneira, o de uma ‘objetividade fantasmagórica’ que, em sua legalidade própria, rigorosa, aparentemente racional e inteiramente fechada, oculta todo traço de sua essência fundamental: a relação entre os homens” (LUKÁCS, 2003, p. 194). Após citar o trecho de O Capital de Marx, referente ao fetichismo da mercadoria, Lukács (2003) o denomina como “fenômeno fundamental da reificação” (LUKÁCS, 2003, p. 198). Ao comentar tal trecho, afirma Lukács: “Desse fato básico e estrutural é preciso reter sobretudo que, por meio dele, o homem é confrontado com sua própria atividade, com seu próprio trabalho como algo objetivo, independente dele e que o domina por leis próprias, que lhe são estranhas (LUKÁCS, 2003, p. 199).

Sobre o tema, ilustra-se que a Constituição Italiana de 1947, em vigor desde 1948, instaurou a ideia de que o ordenamento jurídico é “baseado no trabalho” (art. 1º) e ofereceu um caminho para compreensão da autonomia do contrato de trabalho, em relação ao direito geral dos contratos (direito civil), por meio de dois dispositivos normativos constitucionais.

O primeiro é referente à igualdade entre os sexos nas condições de trabalho, limitando-se a liberdade contratual do empregador (art. 37). O segundo estabelece o direito a uma remuneração proporcional à qualidade e quantidade de trabalho realizado pelo empregado, apta a garantir condições de vida dignas (art. 36), representando, simultaneamente, “(...) um tratamento correspondente de um contrato de direito privado e também uma provisão social” (BALLESTRERO, 2010, p. 11, *tradução livre*)⁹².

Acontece que a igualdade entre os sexos, esta promessa do liberalismo sobre o contrato de trabalho, nunca foi uma igualdade substantiva ou certamente não seria prometida. Em outro sentido, trata-se da igualdade propriamente contratual, limitada às ambiguidades de um desenho institucional em que a vontade fraca é exercida em submissão à vontade forte, por horas e dias consecutivos. Gomes e Gottschalk (1995, p. 223) denunciam que a pretensão de igualdade salarial, por meio do instituto jurídico da equiparação salarial, tem sua aplicação dificultada pelos inúmeros requisitos legais exigidos à sua configuração.

A disputa pela intervenção de normas de ordem pública no contrato foi revigorada, é verdade, pela ideia de um contrato “reescrito” para proteger a pessoa do poder do empregador. As dimensões desta proteção são três, segundo Ballestrero (2010, p. 12):

(a) os direitos da pessoa, anteriores ao contrato e pertencentes ao trabalhador, independentemente da relação de emprego (liberdade, igualdade, dignidade, segurança e saúde);

(b) os direitos do trabalhador “situado”, como contratante dotado de dignidade (como direito ao profissionalismo, no sentido de desenvolvimento de carreira); e

(c) os direitos creditórios contratuais, dos quais o contrato é a fonte do direito, e não a situação em que o direito se exerce.

Aspectos da proteção, nesse sentido, incidem sobre o contrato antes, durante e depois de sua celebração, em uma concepção solidarista e personalista do direito, típica

⁹² Trecho traduzido: “La retribuzione vi è rappresentata, ad un tempo, come trattamento corrispettivo di un contratto di diritto privato ed altresì come provvidenza sociale” (BALLESTRERO, 2010, p. 11).

da influência dispersa, variada e complexa da cultura política da social-democracia no campo do direito, no sentido exposto por Gediel (2014, p. 181). O conteúdo da proteção social diante do contrato é amplo, controverso e seu desenvolvimento merece precisão, para os fins desta tese.

Abordar o problema da proteção, do ponto de vista do objeto contratual, permite observar dos deveres de diligência, fidelidade e obediência. “O empregado deve executar o contrato de trabalho com seriedade e consciência”, ensinam Gomes e Gottschalk (1995, p. 194), e a “diligência se apresenta como uma qualidade ou requisito subjetivo que é a expressão da personalidade do indivíduo” (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 195).

Observe-se, no entanto, que é comum o empregador solicitar ou exigir dados referentes à personalidade do empregado, do qual se espera *diligência*, um dever contratual que o expõe diretamente, como sujeito-objeto do contrato. São os deveres de diligência, fidelidade e obediência que “caracterizam a relação trabalhista de maneira singular, de modo a não se encontrar correspondência ou similaridade na disciplina de outras relações jurídicas de Direito Privado” (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 198).

Explorar os sentidos da privacidade⁹³ como objeto contratual trabalhista suscita apreensão e dúvidas. Estevão Mallet (2009, p. 201) destaca que o direito à intimidade foi negligenciado por décadas, no Brasil, onde mesmo os melhores manuais de direito do trabalho não tratavam do assunto. O assunto ganha expressão em 1999, com a introdução do tema da revista íntima em empregadas na CLT (art. 373-A, IV).

Temas complexos envolvendo a privacidade do trabalhador passaram a exigir posições do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, como a vigilância com câmeras⁹⁴

⁹³ Adota-se, nesta tese, a compreensão de Gediel e Corrêa (2008), ao contextualizarem a diferença entre as expressões direito à intimidade, direito à vida privada e *privacy*, no direito alemão e no direito norte-americano, para explicar por que usam os três termos como sinônimos. “A literatura jurídica costuma distinguir o direito à intimidade do direito à vida privada. O primeiro destina-se à proteção da esfera mais restrita do indivíduo e permite a exclusão da intromissão mesmo de pessoas mais próximas, como integrantes da família. Tanto no Direito alemão como no francês, a intimidade é referida como esfera mais nuclear da vida privada. No direito norte-americano, a expressão *intimacy* (intimidade) designa as relações íntimas entre as pessoas, em especial de natureza sexual, enquanto o conceito *privacy* foi pensado, de início, como o direito ao isolamento (*the right to be left alone*); com o desenvolvimento tecnológico, principalmente das telecomunicações e da informática, seu significado é ampliado para abranger o controle do acesso e fluxo de dados pessoais. Devida a essa imprecisão terminológica, Danilo Doneda sugere adotar o termo ‘privacidade’ para ‘unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada’ (DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 112). Neste artigo, utilizaremos os termos intimidade, privacidade e *privacy* como sinônimos”.

⁹⁴ A vigilância por câmeras é admitida, quando justificada e houver prévio aviso ao empregado. Veda-se, portanto, a vigilância clandestina, oculta ou dissimulada (MALLET, 2009, p. 204).

e do e-mail corporativo⁹⁵, a revista pessoal⁹⁶, as informações exigíveis do empregado pelo empregador⁹⁷ e o direito à falsa resposta⁹⁸, nas situações de invasão de privacidade, caracterizada pela busca do empregador por informações sobre temas que lhe é proibido investigar⁹⁹. Em todos os casos, celebrar o contrato não significa uma renúncia do trabalhador a direitos fundamentais (MALLET, 2009, p. 201), ainda que se observem flexibilizações variadas.

Como descrevem Gediel e Corrêa (2008, p. 142): “A intimidade foi pensada pelo Direito Moderno, de início, como um direito vinculado à propriedade individual. Foi desse modo que se pensou a proteção da privacidade como vedação da violação do domicílio, bem como se desenvolveu a ideia de inviolabilidade de correspondência”. Os autores desenvolvem a ideia de Bernard Edelman, ao observar que o desprendimento do individualismo foi, em verdade, uma defesa dele: “Nós abdicamos nosso individualismo por medo de lhe ver ameaçado” (EDELMAN, 2005, p. 43, *tradução livre*¹⁰⁰).

⁹⁵ Por ser considerado instrumento de trabalho pela jurisprudência do TST, entende-se que não fornece expectativa de privacidade ao trabalhador e pode ser monitorado pelo empregador. Situação diferente é a do e-mail pessoal, cujo monitoramento é vedado (MALLET, 2009, p. 206).

⁹⁶ A revista íntima é vedada pela CLT, como mencionado. A revista pessoal, não-íntima, é permitida pelos tribunais trabalhistas, desde que justificada, como uma providência necessária, proporcional, que não ofenda a dignidade do trabalhador, realizando-se em local reservado e vedada a revista não-íntima realizada por motivo discriminatório. Nas palavras do autor: “Se não se faz de tal modo, há ilicitude, não pelo ato em si da revista, mas pela forma ilegítima e abusiva como ela é realizada (Código Civil, art. 187)” (MALLET, 2009, p. 210).

⁹⁷ É lícito que o empregador solicite endereço, número de dependentes, para fins de tributação dos rendimentos (Lei n. 9.250, art. 4º, inciso III, Decreto 3.000, art. 77) e pergunte sobre experiência anterior (MALLET, 2009, p. 211). Os limites no direito brasileiro são advindos da análise sistemática do ordenamento jurídico, com exemplos colhidos pelo autor na Constituição Federal e na CLT, com base nos quais “Não pode o empregador, por exemplo, questionar o empregado sobre sua convicção política, suas preferências sexuais ou sua crença religiosa. É certo que, no caso dos chamados empregadores de tendência, ou seja, instituição vinculada à determinada crença ou convicção, tem-se admitido a indagação, a fim de avaliar a vinculação do empregado à crença ou convicção sufragada no ambiente de trabalho”.

⁹⁸ Algumas informações estão postas ao abrigo do empregador, como demonstra a Constituição Federal, art. 5º, VIII, quando proíbe privar-se quem quer que seja de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

⁹⁹ “Por fim, se o empregador formula questão em torno de assunto que lhe é defeso investigar, como – para retomar os exemplos citados – convicção política, preferências sexuais ou crença religiosa do candidato ao emprego, há não apenas o direito de não responder à indagação como, ainda mais, o de prestar informação falsa. Trata-se do chamado “*droit au mensonge*”, mencionado pela doutrina suíça. A falsa resposta caracteriza legítima defesa do trabalhador contra ato de intromissão indevida em sua intimidade, o que afasta a ilicitude da conduta, na forma do art. 188, inciso I, do Código Civil.” (MALLET, 2009, p. 215).

¹⁰⁰ Trecho traduzido: “Nous abdiqons notre individualisme de peur de le voir menacé” (EDELMAN, 2005, p. 43).

O caráter individualista dos direitos subjetivos e das liberdades individuais é reelaborado, portanto, a partir da relação entre Estado e política. Zagrebelsky¹⁰¹ caracteriza essas transformações como uma superação do Estado legislativo, em direção a um Estado com compromisso, “(...) na busca por da justiça social, ou direitos em função da justiça, com uma concepção finalista e não voltada a absolutização de direitos assegurados, individualmente, em detrimento da coletividade” (GEDIEL, 2014, p. 181).

Pensar a relação entre vontade e contrato ou entre direitos sociais e contrato de trabalho encontra, em Edelman (2016), uma perspectiva crítica. O autor apresenta reflexões incômodas para os defensores dos direitos sociais, quando analisa o direito de greve. Assinala que é “preguiçosa” a crítica sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho, quando apenas constata a inexistência de igualdade jurídica entre as partes ou a ficção da compreensão de tal relação como forma contratual.

A ligação entre contrato de trabalho e poder jurídico do capital encontra no direito de greve um exemplo privilegiado, justamente porque o direito de greve não seria apenas um direito negativo, que exige uma abstenção do Estado. Na dinâmica do exercício do direito, por meio da observação de decisões de tribunais franceses, Edelman assinala que a greve é compreendida como um motivo de suspensão contratual e que, no curso da suspensão, não há subordinação entre empregador e empregado. Assim sendo, não há validação da possibilidade de entrada subordinada nos locais de trabalho para o trabalhador. Ou seja, com a cessação do contrato, pela suspensão do objeto do contrato ocasionada pela greve, cessa também o direito do trabalhador de acesso ao local de trabalho.

Relaciona-se o direito de propriedade ao direito de greve e demonstra-se como um é dependente do outro, ainda que em ramos do direito diferentes. Em conclusão sobre a impossibilidade de ocupação dos locais de trabalho pelos empregados, afirma Edelman (2016, p. 29): “(...) o trabalhador não tem outro ‘direito’ que não seja o de vender sua força de trabalho e receber o ‘preço’ sob a forma de salário. (...) [Assim,] o contrato de trabalho reproduz, em sua técnica própria, a relação capital/trabalho”.

¹⁰¹ Veja-se importante trecho de Zagrebelsky (1992, p. 147), em tradução livre de Gediél (2014, p. 181): “A superação do Estado do direito legislativo resulta em importantes consequências sobre o direito. Se pode dizer, em geral, que duas ‘separações’ ocorrem, uma entre a lei e os fins para os quais ela foi discutida, e a outra separação, entre o direito e a justiça. São distinções altamente significativas na estrutura jurídica das normas jurídicas não ignoradas no passado, mas que hoje no Estado constitucional, devem ser valorizadas muito além do que foi antes”.

Tal concepção coloca sob desconfiança a afirmação de três dimensões da proteção, no sentido desenvolvido por Ballestrero (2010), bem como a visão de que a democracia social é indispensável à democracia política, no sentido proposto por Bobbio (2007, p. 155 e 156). Nessa perspectiva, a esfera política é ligada a outras esferas sociais e o processo de democratização do Estado, típico do século XIX, foi seguido pelo processo de democratização da sociedade, já no século XX. As primeiras leis que protegeram as condições de trabalho e de vida foram uma invenção europeia do século XIX, mas é no pós Segunda Guerra que passam a compor um desenho institucional de Estado, em que direitos fundamentais não são apenas elementos de um catálogo de afirmações fundadas sobre a razão natural, como entendiam os jusnaturalistas.

Os direitos fundamentais, no pós Segunda Guerra, consolidaram a legislação esparsa existente no continente europeu e também no Brasil a respeito do trabalho e da proteção social. Fizeram-no com consideração à centralidade da pessoa humana e de sua dignidade, requalificando tal postulado no âmbito da democracia constitucional, com a ideia de princípios indecíveis (COSTA, 2010). Operou-se, a partir de então, um movimento expansivo do poder jurídico sobre diferentes esferas da vida, inclusive sobre a liberdade individual e os direitos subjetivos, com especial destaque para o direito à intimidade.

A regulação do direito à intimidade tem como dois casos paradigmáticos os Estados Unidos e a Europa¹⁰², nos quais a privacidade passou a ser vista como “(...) elemento de proteção da liberdade e da autonomia pessoais” (GEDIÉL; CORRÊA, 2008, p. 143). O primeiro momento dessa reflexão vinculou-se à modernidade e revelou o direito de manter segredo em relação a questões familiares, religiosas, políticas, sexuais, domiciliares, telefônicas etc. O desenvolvimento tecnológico¹⁰³, entretanto, tornou insuficiente a concepção individualista e sua tutela jurídica. Fortalecer a intimidade exigiu, por um lado, relativizá-la e, por outro, inserir nos poderes do sujeito

¹⁰² No caso estadunidense, ao fim do século XIX, a formulação do *right to be left alone* vinculou proteção da intimidade à liberdade individual. No continente europeu, a elaboração dos direitos da personalidade modificam a compreensão da intimidade e da vida privada, a partir de então considerados direitos extrapatrimoniais, cujo fim é “a proteção da pessoa e de seus diversos ‘modos de ser’” (GEDIÉL; CORRÊA, 2008, p. 143).

¹⁰³ Ainda que não seja o objetivo de Gediel e Corrêa (2008), é importante advertir o leitor de que não se deve atribuir a precarização do trabalho apenas ao avanço tecnológico. Como assenta Virgínia Fontes (2005, p. 103): “Não é a tecnologia que explica as transformações contemporâneas, mas o aprofundamento e a generalização da extração da mais-valia relativa, ligados às lutas de classe no terreno do próprio capitalismo – que rompem as limitações até então impostas à generalização dessa forma de ser social –, que permitem compreender o alcance e a dimensão das novas tecnologias”.

o controle não só sobre o acesso, mas também sobre o tratamento, a utilização e a circulação de dados pessoais (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 143).

Na passagem entre o direito ao segredo e o direito de controle sobre o fluxo das informações pessoais¹⁰⁴, o direito europeu prestou especial proteção a dados considerados sensíveis, pela consciência de que a exposição de alguns dados é mais gravosa do que de outros. Gediel e Corrêa (2008, p. 144) ressaltavam, em 2008, “(...) informações sobre a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, a vida sexual e os dados de saúde, inclusive genéticos”.

Em 2018, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados, em que é admitida concepção semelhante, para destinar proteção especial ao tratamento de dados considerados “sensíveis” (Lei 13.709/2018, art. 5º, II, e art. 11 e seguintes¹⁰⁵). Stefano Rodotà (1977, p. 164 e 165) problematiza a importância de reconfigurar a *privacy*, para passar da vinculação da intimidade à propriedade (direito ao isolamento) a uma proteção de dados que assegure igualdade de tratamento a cidadãos, o que exige o controle sobre acesso e fluxo de informações.

Cuida-se, assim, de uma transição ou oscilação entre a ênfase na liberdade de escolha individual, típica do ordenamento jurídico estadunidense, para uma ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana, com forte regulamentação estatal e sem dispensa do elemento do consentimento, tradicional nos ordenamentos jurídicos europeus. Como destacam Gediel e Corrêa (2008, p. 147):

De um modo geral, nos dois continentes, a resposta jurídica consolidase no sentido de garantir a autonomia individual e proteger a intimidade e a confidencialidade dos dados, com especial atenção à

¹⁰⁴ Dados e informações pessoais são definidas, no Conselho da Europa (Diretiva 95/46/CE, art. 2º, “a”), como: “(...) qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“pessoa em causa”); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou directamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a mais elementos específicos de sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”. Para uma descrição do desenvolvimento dessa noção e suas contradições, veja-se Gediel e Corrêa (2008).

¹⁰⁵ Escapa à problemática desta tese analisar o tema em detalhe, mas merece registro que, no Brasil, a proteção da intimidade se baseia na Constituição Federal (art. 5º, X, XIV e LXXII), no Código Civil (art. 21) e na Lei Geral de Proteção de Dados, da qual se destacam trechos do art. 5º e do art. 11:

“Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (...)

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: (...).”

proibição da discriminação. De outro lado, esses dados e informações, situados na esfera jurídica privada, sempre podem ser considerados de interesse público e excepcionados ao controle individual.

O equilíbrio frágil entre a proteção da pessoa e os interesses do Estado são ameaçados pela lógica do capital. Articulam-se precisamente pelas exceções, como demonstra a noção de “homem digitalizado” (*homme numérique*) de Edelman (2005), que revela a dimensão da construção da identidade pelos caracteres biológicos ou comportamentais, digitalizados pelas tecnologias da informação. Pode-se afirmar, na linha desse raciocínio, que o sujeito se torna desmaterializado e reduzido a funcionalidades¹⁰⁶. O indivíduo, ainda elevado a valor supremo, “é cada vez mais modelado pelo mercado”, como afirmou Edelman (2005, p. 43), em tradução livre de Gediel e Corrêa (2008, p. 153).

Como se verá na análise brasileira do debate sobre a tipicidade contratual, o objeto do contrato de trabalho deve ser idôneo, para ser considerado válido. A idoneidade está presente quando o objeto atende a critérios de licitude e moralidade. Acontece que a exigência de moralidade gera, não raro, efeito discriminatório sobre segmentos de trabalhadores. Nussbaum (1998) destaca que diferentes profissões apresentam variado grau de exposição da intimidade e de risco corpóreo, pois apenas desempregados e muito ricos não obteriam o sustento dos próprios corpos¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Gediel e Corrêa (2008, p. 150 e 152) oferecem tradução de trechos-chave de Bernard Edelman (p. 48 e 46) sobre o homem digitalizado: “‘Identidade anônima’, eu acho a expressão extraordinária. O homem digitalizado seria tão anônimo quanto uma base de dados, um sistema qualquer de informações. Nessa perspectiva, o indivíduo é, ao mesmo tempo, desmaterializado e reduzido a suas funcionalidades. (...) O homem digitalizado, desse ponto de vista, seria uma tentativa desesperada de sair da aflição moderna, que podemos caracterizar triplamente: de início, o terror de um mundo ameaçador, que ferve de inimigos e que é preciso, a todo preço, identificar: a segurança se torna, então, a palavra-mestre na luta contra o estrangeiro. Em seguida, o terror tecnológico, isto é, o medo de ser excluído de um universo que ferve de inumeráveis serviços eletrônicos, que criaram suas próprias barreiras; para penetrá-las é preciso se conformar a esse universo, falar sua língua, isto é, se digitalizar. Enfim, conformar-se ao universo tecnológico é tornar-se tanto anônimo, tanto desprovido de alma e de espírito quanto este universo”.

¹⁰⁷ “Tanto a prostituição quanto o trabalho na fábrica são geralmente empregos mal remunerados; mas, em muitos casos, as mulheres confrontadas com a escolha podem (pelo menos a curto prazo) ganhar mais dinheiro na prostituição do que nesse tipo de trabalho na fábrica. (...) Ambos enfrentam riscos à saúde, mas o risco à saúde na prostituição pode ser bastante reduzido pela legalização e regulamentação, enquanto o tipo específico de trabalho que o operário da fábrica está realizando traz um alto risco de danos nos nervos das mãos, um fato sobre o qual é improvável que a regulação ofereça mudanças. A prostituta pode muito bem ter melhores horas de trabalho e condições que o operário da fábrica; especialmente em um regime legalizado, ela pode ter muito mais controle sobre suas condições de trabalho. Ela tem um certo grau de escolha sobre quais clientes aceita e quais atividades realiza, enquanto o operário da fábrica não tem opções, mas deve executar os mesmos movimentos repetidamente por anos. A prostituta também realiza um serviço que requer habilidade e capacidade de resposta a novas situações; considerando que o movimento repetitivo do operário exerce relativamente pouca habilidade humana e não contém variedade” (NUSSBAUM, 1998, p. 701, *tradução livre*). “Both prostitution and factory work are usually low-paid jobs; but, in many instances, a women faced with the choice can (at least over the

Ilustre-se o tema, com o exemplo do trabalho sexual e da homotransfobia¹⁰⁸ no contrato de trabalho. Por força jurídica dos “bons costumes” sobre a obrigação principal do contrato de trabalho, o uso do corpo pelas trabalhadoras da prostituição segue estigmatizado e, em muitos países, é considerado ilícito. Também sobre as obrigações decorrentes da boa-fé incidem os “bons costumes” e, com eles, prescrevem-se usos do corpo considerados normais, com impacto discriminatório. É o caso da homotransfobia no contrato de trabalho.

Borrillo e Formond (2007) fornecem importante análise sobre a invisibilidade da discriminação homotransfóbica no justtrabalhismo e, de maneira geral, no direito privado francês. Vários testemunhos relatam a discriminação no momento pré-contratual, quando da entrevista de emprego, bem como um recorrente medo sobre a discriminação, no decorrer da execução contratual. Se são insuficientes os testemunhos para a comprovação de que a prática existe, não o é a prática judicial, incapaz de apreender a discriminação (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 55).

Tem-se, pois, que o corpo como objeto contratual não é o mesmo corpo para homens e mulheres, negros e brancos, heterossexuais e homossexuais, pessoas transgênero e pessoas cisgênero, nacionais e migrantes¹⁰⁹. Para compreender o abuso de poder sobre o corpo da trabalhadora e do trabalhador, devem-se enfrentar as dinâmicas

short-haul) make more money in prostitution than in this sort of factory work. (...) Both face health risks, but the health risk in prostitution can be very much reduced by legalization and regulation, whereas the particular type of work the factory worker is performing carries a high risk of nerve damage in the hands, a fact about it that appears unlikely to change. The prostitute may well have better working hours and conditions than the factory worker; especially in a legalized regime, she may have much more control over her working conditions. She has a degree of choice about which clients she accepts and what activities she performs, whereas the factory worker has no choices but must perform the same motions again and again for years. The prostitute also performs a service that requires skill and responsiveness to new situations; whereas the factory worker's repetitive motion exercises relatively little human skill and contains no variety” (NUSSBAUM, 1998, p. 701).

¹⁰⁸ Estudos sobre homotransfobia realizaram uma mudança epistemológica e política. Epistemológica porque, ao invés de se buscar compreender o comportamento homossexual, analisa-se a “(...) hostilidade provocada por essa forma específica de orientação sexual. Política porque não é mais a questão homossexual, mas a homofobia que merece, a partir de agora, uma problematização particular” (BORRILLO, 2010, p. 14). Nesta tese, as expressões “LGBT” e “homotransfobia” serão utilizadas conforme o significado adotado pelo relator da ADO 26: a primeira, designando lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais; a segunda, abrangendo a homofobia e a transfobia (BRASIL, 2019a).

¹⁰⁹ A título ilustrativo, observem-se dados colhidos por Mattos (2019) sobre a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, o impacto desigual da crise sobre as mulheres trabalhadoras e a divisão da precariedade do trabalho em escala global, a partir de dados da OIT: “O percentual de mulheres na força de trabalho esteve sempre ao redor dos 40%, ao longo do período de 1990 (quando eram 39,54% do total) a 2016 (39,38%) (...). As mulheres (cerca de 40% da força de trabalho) foram as mais atingidas pela crise, respondendo por cerca de 73% do déficit de empregos. Também revelador é o dado de que cerca de 50% do emprego no mundo é assalariado, mas, em regiões como a África subsaariana e o Sul Asiático, esse percentual cai a 20%” (MATTOS, 2019, p. 74 e 75).

de consubstancialidade¹¹⁰ que estruturam e fazem interagir as relações sociais¹¹¹, conflituosas, em disputa e distintas de meras relações intersubjetivas¹¹².

Como assevera Danièle Kergoat (2010, p. 95), as relações intersubjetivas se modificaram na contemporaneidade, mas não as relações sociais, cujas três formas básicas ainda são a exploração, a dominação e a opressão¹¹³. Importantes considerações sobre o impacto especial da precarização do trabalho sobre mulheres negras são realizadas por Kimberlé Crenshaw (2002), sob a denominação discriminação composta e o conceito de interseccionalidade¹¹⁴.

¹¹⁰ O conceito de consubstancialidade foi elaborado por Kergoat (2010). O termo carrega críticas à noção de interseccionalidade, que são resumidas por Helena Hirata (2014, p. 65) nos seguintes fundamentos: “1) a multiplicidade de pontos de entrada (casta, religião, etnia, nação etc., e não apenas raça, gênero e classe) leva a um perigo de fragmentação das práticas sociais e à dissolução da violência das relações sociais, com o risco de contribuir à sua reprodução; 2) não é certo que todos esses pontos remetam a relações sociais e talvez não seja o caso de colocá-los todos num mesmo plano; 3) os teóricos da interseccionalidade continuam a raciocinar em termos de categorias e não de relações sociais, privilegiando uma ou outra categoria, como por exemplo a nação, a classe, a religião, o sexo, a casta etc., sem historicizá-las e por vezes não levando em conta as dimensões materiais da dominação”. As relações sociais são, também, coextensivas, como define Danièle Kergoat (2010, p. 94), porque “elas formam um nó que não pode ser desatado no nível das práticas sociais, mas apenas na perspectiva da análise sociológica; e as relações sociais são coextensivas: ao se desenvolverem, as relações sociais de classe, gênero e ‘raça’ se reproduzem e se co-produzem mutuamente”.

¹¹¹ O conceito de relações sociais é assim explicado por Kergoat (2010, p. 94): “Uma relação social é uma relação antagônica entre dois grupos sociais, instaurada em torno de uma disputa [*enjeu*]. É uma relação de produção material e ideal: Colette Guillaumin mostrou, por exemplo, que a ‘racialização’ é a construção ideológica e discursiva da natureza dos dominados, a ‘face mental’ e cognitiva dos vínculos materiais de poder. Toda relação social é, assim, uma relação conflituosa. Tomemos o paradoxo das relações sociais de sexo: simultaneamente à melhora da situação da mulher, em particular no mercado de trabalho, ocorre a persistência, às vezes mesmo a intensificação, da divisão sexual do trabalho. ‘Tudo muda, mas tudo permanece igual’”.

¹¹² “As relações intersubjetivas são próprias dos indivíduos concretos entre os quais se estabelecem. As relações sociais, por sua vez, são abstratas e opõem grupos sociais em torno de uma disputa” (KERGOAT, 2010, p. 95).

¹¹³ “O exemplo da Coordination Infirmière, movimento social do fim da década de 1980 na França, é esclarecedor. Nas reuniões do movimento, o convívio era inegavelmente feminino: as integrantes faziam questão de chamar-se pelo nome, perguntar sobre a saúde, comentar uma roupa nova ou uma ida ao cabeleireiro etc. São formas de relação intersubjetiva que suavizam o clima das reuniões, mas que não afetam de maneira alguma a dinâmica da dominação masculina no interior do movimento. Assim que uma disputa surgia no horizonte, os velhos mecanismos voltavam ao seu lugar (por exemplo: quem falará à imprensa?). O que pode de fato questionar as relações sociais de sexo são as práticas sociais coletivas: por exemplo, decisões como quais as mulheres que terão as responsabilidades formais (presidência da associação) e práticas (responsabilidades organizacionais durante as manifestações), ou a decisão de que haja um aprendizado coletivo em situações de fala diante de um público etc.” (KERGOAT, 2010, p. 95).

¹¹⁴ A exclusão de alguns tipos de emprego, em virtude da discriminação composta, é exemplificada pela autora: “Por exemplo, em alguns mercados de trabalho, especialmente aqueles segregados por gênero e raça, as mulheres racializadas podem se confrontar com a discriminação composta, onde, como regra, as mulheres sejam contratadas para funções de escritório ou posições que envolvem interação com o público, enquanto que as minorias étnicas ou raciais sejam empregadas no trabalho industrial ou em alguma outra forma de trabalho segregado por gênero. Nesses casos, mulheres racializadas enfrentam discriminação porque os empregos femininos não são apropriados para elas e o trabalho designado para homens racializados é definido como inapropriado para mulheres” (CRENSHAW, 2002, p. 179). A autora utiliza o conceito de interseccionalidade e enfatiza as “(...) consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. (...) [A interseccionalidade] trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcado, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades

Cuida-se de observar que as relações sociais agem como uma espiral, no sentido de que não se fecham em si mesmas, circulares, mas sim expandem-se, entrecruzam-se, interpenetram-se, de forma dinâmica e coextensiva. Elas não apenas se reforçam, mas se coproduzem¹¹⁵. É preciso conferir centralidade à observação da interação, dos pontos nodais de imbricação entre classe, gênero, raça e sexualidade, investigação que é mais relevante do que buscar identificar uma “raiz primeira” entre as violências, na avaliação de Cinzia Arruzza (2011). A autora sugere uma possível *união queer* entre marxismo e feminismo¹¹⁶.

Essa forma de interpretação permite analisar que o elemento subjetivo não está excluído do contrato de trabalho, ainda que não seja nele reconhecido. Kergoat (2010) exemplifica essa perspectiva com estudos sobre o trabalho doméstico¹¹⁷ e sobre o setor de serviços¹¹⁸, que funcionam com a intensificação da exploração sobre setores discriminados, não apenas reproduzindo, mas também produzindo formas sociais de expressão e funcionamento da dominação.

básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras” (CRENSHAW, 2002, p. 177).

¹¹⁵ “(...) as três relações [gênero, raça e classe] são inseparáveis e não somente se reforçam, mas se co-produzem mutuamente: a relação de classe reforçada pelos processos de naturalização, de racialização e de ‘generização’ do trabalho de *care*; a racialização, à qual os empregos domésticos estão particularmente sujeitos, reforça e legitima a precarização (e, portanto, as relações de classe) e a ‘generização’; a relação de gênero exacerba a relação de classe na medida em que a feminização dessas últimas é um fenômeno novo para o corpo social e, portanto, para o qual ainda não há uma resposta, e reforça as relações de raça pela sua naturalização” (KERGOAT, 2010, p. 103).

¹¹⁶ “Um projeto político que vise a criação de um novo movimento operário não pode deixar de se indagar sobre o modo como gênero e raça exercem uma influência sobre a composição social da força de trabalho e sobre sua subjetivação política enquanto classe. Esta necessita superar a questão da ‘opressão primeira’ que dividiu movimentos feministas e movimento operário nas últimas décadas. O que é interessante não é tanto saber se a contradição entre capital e trabalho é mais importante ou mais ‘primeira’ que a opressão das mulheres, e sim compreender a maneira como ambas se encontram hoje inteiramente imbricadas nas relações de produção capitalistas e no conjunto das relações de poder do capitalismo, o que dá lugar a uma realidade complexa. Será preciso, como nos recomenda Nancy Fraser, em vez de querer negá-la, criar um paradigma anal capaz de apreender o conjunto dessa complexidade” (ARRUZZA, 2011, p. 170).

¹¹⁷ “Os trabalhos de Annie Dussuet a respeito dos serviços a domicílio vão em direção semelhante. Ela mostra como as relações de gênero permitem que a exploração econômica se intensifique: o sistema de gênero gera um tipo de exploração suplementar, pois o envolvimento subjetivo dos assalariados, parte fundamental do trabalho, não é reconhecido, pois não é objeto de uma formação institucionalizada, nem remunerado, pois não está previsto explicitamente no contrato de trabalho, sendo as tarefas materiais as únicas tarefas descritas. Nesse caso, o gênero cria a classe” (KERGOAT, 2010, p. 101).

¹¹⁸ “(...) Francesca Scrinzi mostrou que, além das relações de classe e sexo, ‘as relações de trabalho no setor de serviços reforçam e reproduzem categorias [...] racistas e dão origem a uma estrutura de hierarquização social estabelecida sobre uma base “racial”. Em sua tese, ela mostra que no trabalho de assalariados do setor comercial, não há simplesmente reprodução dos estereótipos dominantes, mas também a produção de novas formas de expressão e funcionamento do racismo.”

Acontece que o local de trabalho é sexualizado e, geralmente, heterossexualizado¹¹⁹. Cabe descrever que, até 1999, na França, era admitida a discriminação homotransfóbica no ambiente do trabalho, como demonstra um caso judicializado sobre a companhia *Air France*, rememorado por Borrillo e Formond (2007, p. 59)¹²⁰. Vale lembrar que, entre os pressupostos que a homotransfobia “mais ou menos domesticada no Ocidente” compartilha, encontra-se o rompimento da hierarquia entre masculino e feminino, que funda a divisão sexual do trabalho como primeira divisão social do trabalho (HIRATA, 2017), destina à homossexualidade o lugar de violação da hierarquia masculina¹²¹ e permite a compreensão da condenação moral e estatal da homossexualidade, em quase todos os países do mundo, até a década de 1970¹²² (BORRILLO, 2017, p. 18).

As relações sexistas homotransfóbicas¹²³ são consideradas pertinentes à vida privada, e não ao contrato de trabalho, mas concretamente se expressam nele (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 57), pois coproduzem relações sociais consubstanciais. Estudo realizado na Grã-Bretanha fornece visibilidade ao concreto de

¹¹⁹ “O local de trabalho é um local onde a sexualidade está presente, mesmo que apenas por meio de conversas ou confidências diárias sobre vida privada, familiar ou sexual. Se é um local sexualizado, é geralmente uma sexualidade heterossexual” (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 57, *tradução livre*). Trecho traduzido: “Le lieu de travail est un endroit où la sexualité est présente, ne serait-ce qu’au travers des conversations ou confidences quotidiennes concernant la vie privée, familiale ou sexuelle. Si c’est un lieu sexualisé, il s’agit cependant généralement d’une sexualité hétérosexuelle” (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 57).

¹²⁰ “Até recentemente, de acordo com a jurisprudência, com relação aos direitos e vantagens que os estatutos da empresa podiam conceder ao parceiro que coabitava um empregado, o empregador era justificado em discriminar seus empregados por causa da homossexualidade. Em 1989, em uma série de decisões em princípio, o Tribunal de Cassação rejeitou, em particular, o recurso interposto contra a sentença que negou provimento ao pedido de um funcionário da Air France que desejasse obter, para benefício de seu companheiro, o benefício bilhetes especiais oferecidos ao ‘parceiro legal’” (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 59). Trecho traduzido: “Jusqu’à récemment, pour la jurisprudence, s’agissant des droits et avantages que les statuts de l’entreprise pouvaient accorder au concubin d’un employé, l’employeur était fondé à opérer une discrimination entre ses salariés en raison de l’homosexualité. En 1989, dans une série d’arrêts de principe, la Cour de cassation avait rejeté notamment le pourvoi formé contre l’arrêt qui avait débouté de sa demande, un salarié d’Air France souhaitant obtenir, au profit de son compagnon, le bénéfice de billets spéciaux offerts au ‘conjoint en union libre’ des agents de la compagnie” (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 59).

¹²¹ **“A homossexualidade é uma violação dessa dita hierarquia [do masculino sobre o feminino]. Principalmente, a homossexualidade masculina, uma vez que se constitui como uma feminização do masculino, a traição da sorte de ter nascido pertencente ao gênero superior** (São João Crisóstomo diz que o homem passivo se torna uma mulher e é um traidor de ambos os sexos, como alguém que quisesse se tornar um cão)” (BORRILLO, 2017, p. 17 e 18, grifos no original).

¹²² **“A homossexualidade deve ser moralmente condenada (especialmente o gay passivo). A convicção se torna a punição de acordo com os períodos da história e dependendo do país** (até 1970, a homossexualidade era criminalizada em todos os países do mundo, seja pela lei penal, pelas ações policiais ou pela jurisprudência)” (BORRILLO, 2017, p. 18, grifos no original).

¹²³ Para uma análise histórica do princípio da igualdade sexual e da liberdade sexual na jurisprudência brasileira, com crítica à proteção frágil da noção de “homoaletividade”, no âmbito da importante ADI 4277, julgada conjuntamente à ADPF 132, veja-se Rios e Mello (2014).

que “24% dos gays e lésbicas questionados sabem ou suspeitam que sua orientação sexual tenha afetado suas chances de obter uma promoção. No entanto, legalmente, essas medidas não constituem necessariamente sanções disciplinares: eles podem cair sob o simples poder de gerenciamento do empregador” (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 60, *tradução livre*)¹²⁴.

O tema do assédio moral ou sexual enfatiza e desenreda o argumento. Da entrevista de emprego à sanção disciplinar ou à demissão, a relação de poder que se estabelece em torno do contrato de trabalho, em tese, possui limites, cujo abuso continuado, em direção à dignidade e integridade física ou psíquica, configura assédio moral ou sexual¹²⁵.

Este abuso possui vítimas preferenciais, como reconhece o Código de Práticas de Combate ao Assédio Sexual, publicado como recomendação da Comissão Europeia, com objetivo de proteção da dignidade de homens e mulheres no trabalho. O risco de assédio se relaciona a um certo *status* social precário ou marginal das vítimas. Como argumentam Borrillo e Formond (2007, p. 62 e 63), não é recomendável contentar-se com interpretações clássicas do fenômeno do assédio, que o veem apenas como abuso de poder, organização do ambiente de trabalho ou desvio pessoal do assediador. É preciso ir além de “fatores contextuais” e observar as relações de poder e de dominação masculina que se instalam no ambiente de trabalho, da qual o assédio homotransfóbico é uma extensão.

Entre os estudos que corroboram a visão da Comissão Europeia, destacam-se os realizados na Inglaterra, na Holanda e na Alemanha:

¹²⁴ Trecho traduzido: “Une étude réalisée en Grande-Bretagne révèle ainsi que 24% des gays et lesbiennes interrogés savent ou suspectent que leur orientation sexuelle a affecté leurs chances d'obtenir une promotion. Cependant, juridiquement parlant, ces mesures ne constituent pas nécessairement des sanctions disciplinaires : elles peuvent relever du simple pouvoir de direction de l'employeur” (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 60).

¹²⁵ Definem Borrillo e Formond (2007, p. 62, *tradução livre*): “Assédio ‘sexual’ ou ‘moral’, em geral, pode ser definido como conduta abusiva que se forma em vários comportamentos e, em substância, prejudica a dignidade, a integridade física e/ou psicológica do indivíduo”. Trecho traduzido: “‘Sexuel’ ou ‘moral’, d'une manière générale, le harcèlement peut être défini comme une conduite abusive prenant corps dans divers comportements, et portant en substance atteinte à la dignité, à l'intégrité physique et/ou psychologique de l'individu” (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 62). “No Brasil, o termo utilizado na área acadêmica e em outros espaços de reflexão e luta, difundido por Margarida Barreto, Roberto Heloani, Ester de Freitas e pela equipe do site www.assediomoral.org, é assédio moral, seguindo o modelo francês de Hirigoyen (2000, p. 37), a saber: ‘O assédio moral é uma conduta abusiva, intencional, frequente e repetida, que ocorre no ambiente de trabalho e que visadiminuir, humilhar, vexar, constranger, desqualificar e demolir psiquicamente um indivíduo ou um grupo, degradando as suas condições de trabalho, atingindo a sua dignidade e colocando em risco a sua integridade pessoal e profissional’” (BARRETO; HELOANI, 2015, p. 146).

Em um segundo estudo, 31% das lésbicas e 32% dos gays questionados acreditam que foram assediados por causa de sua sexualidade nos últimos cinco anos; 8% foram assediados por colegas ou clientes. O estudo realizado na Holanda entre 1.300 lésbicas e bissexuais entre 1988 e 1993 confirma esta situação: 23% dos entrevistados declararam ter sofrido violência sexual em seu ambiente de trabalho. Com relação aos tipos de assédio sexual, cuja maioria dos autores eram colegas do sexo masculino, 67% dos entrevistados responderam que foram vítimas de assédio sem contato, 32% de contato sexual. Por fim, uma pesquisa alemã coletou dados sobre os assediadores de 19% dos homens que disseram ter sofrido assédio no trabalho: se o assediador era do sexo feminino em 37% dos casos, ele era do sexo masculino (portanto, do mesmo sexo) em 63% dos casos (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 65, *tradução livre*)¹²⁶.

É necessário, à vista disso, observar que identidades e corpos interagem de forma diferenciada na relação capital-trabalho, constituída pelo contrato e pela subordinação jurídica. O abuso de poder será menos ou mais visível a depender da vítima do abuso e a produção da identidade de classe é consubstancial à produção de identidades dissidentes e dos lugares que se lhes reservam no ambiente de trabalho e na sociedade.

As ambiguidades da liberdade contratual, assim, se expressam na regulação de uma relação de poder, desigual e potencialmente discriminatória, que oferece ao tema da teoria do contrato de trabalho uma série de controvérsias sobre o objeto contratual trabalhista e a invisibilidade do abuso do poder estabelecido ao empregador. Essas antinomias crescem com o avanço da indústria 4.0¹²⁷, da uberização do trabalho e de uma certa economia psíquica do capital, para retomar a expressão de Alves e Casulo (2019).

¹²⁶ Trecho traduzido: “Dans une seconde étude, 31% des lesbiennes et 32% des gays interrogés estiment avoir été harcelés du fait de leur sexualité dans les cinq dernières années; 8 ont été harcelés par des collègues ou des clients 61. L'étude réalisée aux Pays-Bas auprès de 1300 lesbiennes et bissexuelles entre 1988 et 1993 confirme cette situation: 23% des personnes interrogées déclarent avoir subi des violences sexuelles sur leur lieu de travail. Concernant les types de harcèlement sexuel, dont la plupart des auteurs étaient des collègues masculins, 67% des personnes interrogées ont répondu avoir été victimes de harcèlement sans contact, 32% d'attouchements sexuels. Enfin, une enquête allemande a collecté des données sur les auteurs de harcèlement à l'encontre des 19% d'hommes qui ont dit avoir fait l'expérience du harcèlement au travail: si le harceleur était de sexe féminin dans 37 % des cas, il était de sexe masculin (donc du même sexe) dans 63 % des cas” (BORRILLO; FORMOND, 2007, p. 65).

¹²⁷ A indústria 4.0 se expressa em uma nova concepção de atividade empresarial, flexível e digital, com aumento de robôs e máquinas digitais no ambiente de trabalho. “Sua denominação, indústria 4.0, estampa, segundo seus formuladores, uma nova fase da automação industrial, que se diferencia da Revolução Industrial do século XVIII, do salto dado pela indústria automotiva do século XX e também da reestruturação produtiva que se desenvolveu a partir da década de 1970. A essas três fases anteriores sucederá uma nova, que consolidará, sempre segundo a propositura empresarial, a hegemonia informacional-digital no mundo produtivo, com os celulares, tablets, smartphones e assemelhados controlando, supervisionando e comandando essa nova etapa da ciberindústria do século XXI” (ANTUNES, 2018, p. 38).

O modelo de contrato de emprego tradicional tem sua desconstituição em ritmos diferenciados nos países desenvolvidos e nos países em desenvolvimento. A OIT, em defesa do “trabalho decente” e das normas fundamentais do trabalho¹²⁸, reconhece diferenças da divisão internacional do trabalho em seus relatórios. Como descreve Pedro Nicoli (2015), o relatório de 2013 informava que 40% dos trabalhadores dos países em desenvolvimento é considerado trabalhador por conta própria; nos países desenvolvidos, por outro lado, apenas 9% dos trabalhadores estão nessa condição¹²⁹.

Se o objetivo dos cânones do trabalho livre foi livrar o corpo e a vida do regime proprietário (RODOTÁ, 2018), a verdade é que ele se manteve como obscuro objeto contratual (SUPIOT, 2016) e sua observação atenta desvela novos desafios ao estatuto jurídico ambíguo do corpo (CORRÊA; GEDIEL, 2018), para além das fronteiras do Direito Civil e Constitucional. Cuida-se da tensão que marca a afirmação de direitos de personalidade, indisponíveis, exercidos em espaços de subordinação (COUTINHO; ARAÚJO, 2016). Este tensionamento permanente afirma a indisponibilidade de direitos, inseridos por normas de ordem pública no contrato, é central na crise do modelo teórico do contrato de emprego padrão, como se desenvolverá.

1.1.2 Crise dos sistemas de intervenção estatal nos contratos

Identificados os conteúdos obrigacionais possíveis na relação juslaboral e revisitadas as ambiguidades da liberdade contratual na teoria do contrato de trabalho, esta subseção apresenta a crise dos modelos de intervenção estatal no contrato de trabalho, em especial no modelo estadunidense e espanhol (a), para a seguir realizar uma primeira anotação referente ao caso brasileiro (b).

Utiliza-se a expressão “caso” brasileiro, e não “adoção da teoria contratualista”, justamente pela compreensão dos modelos *em crise crescente*, no contexto da crise estrutural do capital antes mencionada (MÉSZÁROS, 2011a), e não

¹²⁸ O processo de modificação da OIT na década de 1990 é resumido por Pedro Nicoli na noção de trabalho decente: “A noção de trabalho decente (e suas implicações para um padrão ampliado de proteção social) será retomada mais adiante neste estudo, mas é preciso, desde já, salientar que a transformação institucional consolidada a partir da Declaração de 1998 emerge como um dos mais polêmicos momentos da história da OIT. A síntese de Luciane Barzotto dá a medida da controvérsia: ‘os pessimistas (...) encaram a adoção da Declaração como opção de flexibilização das normas internacionais e de um direito internacional laboral mínimo. Por outro lado, os otimistas vêem na declaração uma forma de obrigar a todos os membros’” (NICOLI, 2015, p. 179).

¹²⁹ “(...) quanto mais desenvolvido o país, menor é a incidência do chamado trabalho independente. No plano global, a OIT aponta que, em 2013, a taxa de trabalhadores por conta própria em economias avançadas era de 9%, enquanto em países em desenvolvimento ela sobe para 40,5%, chegando a mais de 50% em países menos desenvolvidos e de economia mediana” (NICOLI, 2015, p. 157).

dos sistemas como arranjos acabados, aos quais haveria uma mera adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais.

a) Tipologias juslaborais em crise

A intervenção estatal não é a mesma na década de 1980 e nos anos 2000¹³⁰. A transformação das contratualidades híbridas e atípicas deve ser inserida em um quadro amplo de transformações, diversificações e heterogeneizações dos modelos de regulação juslaboral, *em aproximação* ao modelo negociado, estadunidense, que também se encontra em mutação. Identificar elementos dessa processualidade requer conhecer os modelos juslaborais clássicos e sua crise (I). Após, apresentam-se elementos da normatização brasileira (II).

Como explica Maurício Godinho Delgado (2019, p. 114), os modelos justralhistas são três: o modelo de normatização autônoma e privatística, também conhecido como *modelo negociado*, típico dos Estados Unidos e da Inglaterra; o modelo de normatização privatística subordinada, denominado *modelo legislado*, cujo melhor exemplo é a França; e o modelo justralhista autoritário, que repudia o conflito e realiza minucioso controle estatal, como tipicamente estabelecido na experiência fascista, mas

¹³⁰ Como descreve Vito Letizia (2012, p. 27): "O tipo de intervencionismo estatal surgido a partir dos anos 80 é bem diferente do velho intervencionismo nacional-protecionista que o precedeu. Custa juros pagos pelo público, sem trazer desenvolvimento industrial. (...) É um intervencionismo pró-capital internacional. Funciona assim: enquanto as dívidas crescem e acentuam o parasitismo do capital, o emprego é parcialmente mantido, mas a níveis salariais mais baixos, e o consumo vai sendo sustentado com maior endividamento das famílias. Mais cedo ou mais tarde a sociedade terá que pagar a conta dessa compra de uma falsa recuperação econômica".

também com influência atribuída por Godinho (2019, p. 116) a países como Portugal¹³¹, Espanha e Brasil¹³².

Um mapeamento das formas de regulação do contrato de trabalho também é oferecido pelo jurista português Mário Pinto (1986), para quem há três tradicionais modelos jurídico-políticos, todas variações de arranjos referentes ao eixo conflito-colaboração. São eles (a) a ideologia do conflito¹³³, (b) a ideologia da colaboração, típica das ditaduras socialistas e capitalistas, que se estende aos regimes corporativos

¹³¹ Tratando do caso português, Ribeiro Lopes diferencia os requisitos para configuração da relação de trabalho no Regime Jurídico anexo ao DL n. 49408/1969 (LCT) e os requisitos para configuração da relação jurídica de trabalho autônomo, em geral constituída por um contrato de prestação de serviços (Código Civil português, art. 1.154). Trata-se da diferença entre (a) prestar atividade continuamente (contrato de trabalho) ou proporcionar resultado (contrato de prestação de serviços); (b) de receber uma prestação específica, denominada retribuição salarial (contrato de trabalho) ou de poder realizar um contrato tanto gratuito quanto oneroso (contrato de prestação de serviços); e, enfim, (c) do poder de autoridade e direção do empregador sobre o trabalho (contrato de trabalho) ou da ausência de poder da parte credora para “dirigir o modo como o trabalho é executado e o resultado é obtido” (LOPES, 1987, p. 59), no contrato de prestação de serviços. O poder de autoridade ou poder diretivo do empregador configura-se mediante análise de natureza indiciária, conforme os critérios adotados na doutrina e jurisprudência portuguesas, que adiante serão cotejados com o debate jurídico brasileiro. Ou seja, um realiza-se um exame analítico em que a configuração dos elementos fornece indícios de subordinação ou indícios de autonomia, a partir da verificação da presença de três principais critérios característicos da relação de trabalho, quais sejam, (a) o poder determinativo da função (faculdade de escolher a atividade ou função do empregado), com correspondente dever do trabalhador de realização a função escolhida; (b) o poder conformativo da prestação (possibilidade de especificar termos da prestação do trabalho e dever de obediência do empregado); e (c) o poder-dever de elaborar o horário de trabalho, com correspondente dever de assiduidade e pontualidade para o trabalhador (LOPES, 1987, p. 64 e 65).

¹³² Aldacy Coutinho (2013, p. 176) oferece interpretação diversa sobre a legislação brasileira, que expressaria “(...) mais do que uma reprodução da Carta Del Lavoro, de Mussolini, os traços da legislação trabalhista resultam do pensamento filosófico positivista comtiano que influenciou os políticos que passaram a comandar o país após a Revolução de 1930”. Sússekkind (2017a, p. 163), também se posiciona contra a interpretação de que a CLT seria uma originada na *Carta del Lavoro*: “Das pessoas que acusam a CLT de ser uma cópia da 'Carta del Lavoro', 99% nunca a leram. Por isso, sempre trago o seu texto nas palestras. Em primeiro lugar, cópia não poderia ser, porque a 'Carta del Lavoro' tem 11 princípios de Direito do Trabalho; a CLT tem 922 artigos. (...) Vou lhes dizer que a 'Carta del Lavoro' é de 1927. Dez anos antes, o Sr. Lênin adotou o mesmo princípio na União Soviética. Sindicato único representando toda a categoria, com registro no Ministério, e mais, com um conselho central, cujos membros eram designados pelo 'Komintern'. (...) Gostaria também, para finalizar esse ponto, de assinalar que a primeira lei sindical do Governo Getúlio Vargas é de março de 1931. Ela adota a unidade sindical compulsória, com registro no Ministério do Trabalho. Foi feita por três grandes juristas confessadamente de esquerda: Evaristo de Moraes, pai do atual Evaristo de Moraes Filho, fundador e presidente do Partido Socialista Brasileiro; Agripino Nazaré, jurista socialista baiano, e Joaquim Piment, jurista, que foi meu professor na Faculdade de Direito, confessadamente comunista. Essa comissão, de março de 1931, se inspirou na 'Carta del Lavoro' ou na União Soviética? Os senhores concluirão”.

¹³³ “A ideologia do conflito afirma que a relação de trabalho subordinado em economia de mercado exprime a exploração capitalista e é intrinsecamente injusta. Ela traduz um conflito insanável e por isso inaceitável. A estratégia sindical, segundo aquela ideologia, não pode ser outra senão a gestão do conflito dentro de um desígnio inabalavelmente revolucionário. O direito do trabalho que, em maior ou menor medida, traduzir esta estratégia, tenderá a limitar os poderes patronais de admissão e despedimento, de direção, controle e disciplina” (PINTO, 1986, p. 33).

português e polaco¹³⁴; e (c) a concepção dialética do conflito-colaboração, típica do direito do trabalho alemão¹³⁵.

O caminho exposto pela última concepção também é denominado “ideologia paritética” e consiste em conduzir a interpretação sobre o contrato de trabalho a partir de um objetivo ideal, qual seja, o de que ambas as partes “obtenham igual força contratual”. Aplicam-se, concomitantemente, duas ideias, quais sejam, a de que as partes possuem interesses opostos (conflito) e a de que os trabalhadores devem participar das decisões empresariais (colaboração) (PINTO, 1986, p. 36).

A divisão tradicional não sobreviveu às reformas neoliberais. Como demonstrou Guilherme Guimarães Feliciano (2013), fazendo menção à classificação de Godinho supramencionada, a desregulamentação contemporânea consiste em uma aproximação realizada pelo modelo legislado em direção ao modelo negociado: “(...) [A desregulamentação compreende] uma tendência político-legislativa de viés ultraliberal que aproxima os modelos jurídicos intervencionistas, comuns nos sistemas de raiz romano-germânica, do modelo anglo-saxão de ‘normatização autônoma e privatística’” (FELICIANO, 2013, p. 139).

Caminhar ao *modelo negocial*, nesse momento histórico, significa aproximar-se de um *enquadramento jurídico fragmentado* (KESSELMAN, 2010, p. 69). O modelo norte-americano vive um momento de revitalização e expansão, não necessariamente com sucesso, em direção ao que Cynthia Estlund (2005) denomina auto-regulação do local de trabalho. As alterações no interior do modelo do *New Deal* trabalham os problemas da auto-regulação ou do modelo negocial, como sindicatos fracos de que fala Estlund (2005, p. 324).

Donna Kesselman (2010) descreve a complexidade do sistema jurídico estadunidense, composto por normas juslaborais estaduais, federais e oriundas do direito

¹³⁴ “A ideologia da colaboração coloca-se numa posição oposta à anterior, afirmando que existe um interesse comum a trabalhadores e empregadores, no quadro do sistema produtivo nacional; e afirmando que o conflito de interesses (por exemplo, a propósito da fixação de salários e outras condições de trabalho) (...) tem natureza secundária e subordinada. (...) Os conflitos laborais que (...) surjam são reprimidos: a greve é proibida; a contratação coletiva é excluída ou limitada, e sempre controlada; os sindicatos são oficiais, ou oficiosos, não existindo liberdade sindical ou só existindo em termos muito restritos e controlados” (PINTO, 1986, p. 34 e 35).

¹³⁵ “Para esta concepção (que, em rigor, não é uma concepção homogênea), o conflito de trabalho não é uma expressão de antagonismo radical e insanável, cuja superação só possa obter-se pelo desaparecimento do opositor-inimigo. E antes este conflito é entendido como uma expressão da genérica conflitualidade social em sistema pluralista; e como susceptível de composição, inclusive dentro de uma linha de eficácia integradora, reformista e transformadora (funções do conflito social)” (PINTO, 1986, p. 35).

jurisprudencial. O destaque conferido à prática contratual, informa a autora, garantiu condições muito vantajosas para alguns empregados (KESSELMAN, 2010, p. 67).

As instituições de direito trabalhista estadunidense têm começo com a *Labor Law*, à época do New Deal¹³⁶, que instituía direitos coletivos do trabalho. É o regime das negociações coletivas, que acompanhou o *Social Security Act* (1935), com a qual foram assegurados direitos como seguro-desemprego, auxílio social às famílias pobres e aposentadoria pelo *Social Security*¹³⁷. O *Fair Labor Standards Act* (1938) estabeleceu normas mínimas em condições de trabalho, basicamente em três temas: jornada de trabalho de 40 horas semanais, salário mínimo e idade mínima para o trabalho¹³⁸.

O centro do *Fair Labor Standards Act* é o sistema contratual. Nele, garantem-se benefícios e garantias, bem como se revela o papel do Estado como ente que realiza, apenas, um *enquadramento jurídico* da relação de trabalho. Trata-se de uma escolha política por um modelo mais restrito de Estado Social¹³⁹. Os trabalhadores são pensados como “parceiros”, negociadores no âmbito da empresa. Nas palavras de Donna Kesselman (2010, p. 70):

Os parceiros negociam as garantias no âmbito de contratos privados da empresa: fundos de pensão como complemento ao seguro público de velhice da *Social Security*, benefícios não previstos pela legislação, como plano de saúde e férias, condições de trabalho e regulamentação dos litígios (*grievance procedure*). A escolha de um sistema contratual privado correspondia às tradições do sindicalismo anglo-saxão e mais particularmente estadunidense, pela gestão legal das vantagens econômicas (*business unionism*).

Este sistema possui um desenho institucional discriminatório, por conta da lei Wagner, referente às liberdades sindicais, que excluía explicitamente trabalhadores

¹³⁶ Como descreve Kesselman (2010, p. 69), “O New Deal refere-se à política intervencionista nas áreas econômicas e sociais, aplicada entre 1933 e 1938, pelo presidente democrata Franklin Delano Roosevelt para enfrentar as consequências da Grande Depressão nos Estados Unidos.”

¹³⁷ “(...) [Trata-se da] única caixa nacional abrangendo o conjunto dos trabalhadores americanos, inclusive os independentes, equivalente ao seguro de velhice europeu” (KESSELMAN, 2010, p. 70).

¹³⁸ “O Fair Labor Standards Act (1938) estabeleceu as normas mínimas em matéria de condições de trabalho – semana de quarenta horas com pagamento das horas extras, salário mínimo, idade mínima do trabalhador. Implantando um controle estatal direto sobre a relação do emprego, o FLSA adotava o consenso da época em torno dos direitos coletivos dos empregados” (KESSELMAN, 2010, p. 70).

¹³⁹ “Esse modelo era igualmente uma escolha política. Em primeiro lugar, o governo Roosevelt limitou, com seu New Deal, a extensão do Estado-providência, recusando a inclusão do seguro-saúde. Após a Guerra, durante as conferências sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Europa, os delegados estadunidenses defenderam o modelo das negociações coletivas, opondo-se a uma maioria que preconizava um papel central ao Estado (...)” (KESSELMAN, 2010, p. 70).

agrícolas e domésticos, frequentemente negros e imigrantes¹⁴⁰. Apenas na década de 1960 ocorreu uma “regulamentação pública nacional dos termos do contrato individual e das condições de trabalho” (KESSELMAN, 2010, p. 71). Também Marc Linder (1999, p. 187) destaca o sentido não universalizante¹⁴¹ do Direito do Trabalho estadunidense, no qual os direitos de negociação coletiva são garantidos apenas àqueles que são considerados empregados¹⁴².

¹⁴⁰ "Segundo o senador Robert Wagner, seu criador, essa lei de 1935 sobre as liberdades sindicais intitula-se oficialmente Lei Nacional sobre as Relações Industriais (*National Labor Relations Act*). Essas liberdades foram em seguida severamente restritas, por iniciativa dos representantes eleitos do Partido Republicano e do *Taft-Hartley Act* de 1947. Originalmente limitadas ao setor privado, o direito de exercício das negociações coletivas foi estendido ao setor público nacional no mandato do presidente democrata Kennedy em 1962. (...) As insuficiências do New Deal, sua incapacidade para garantir direitos coletivos de classe em seu conjunto, abriram assim o caminho para as leis sobre os direitos cívicos individuais" (KESSELMAN, 2010, p. 70 e 71).

¹⁴¹ Para dimensionar a quantidade de trabalhadores abrangidos pelos direitos trabalhistas nos Estados Unidos, é pertinente a descrição de Linder (1999, p. 189, *tradução livre*): “O número de trabalhadores excluídos dos vários direitos legais é enorme. Sob o programa mais abrangente, a Previdência Social (a única que não exige uma relação empregado-empregador) em 1998, os rendimentos tributáveis do programa Velhice, Sobreviventes e Seguro de Incapacidade foram relatados por 139.800.000 funcionários e 14.400.000 trabalhadores autônomos. Somente 119.386.000 funcionários foram cobertos pelos programas estatais de seguro-desemprego em 1997, enquanto os programas estatais de remuneração dos trabalhadores cobriram apenas 108.833.375 funcionários em 1996. Sob a Fair Labor Standards Act (FLSA), o Departamento do Trabalho dos EUA (DOL) estima que 122.359.000 trabalhadores assalariados foram cobertos em 1996, embora dezenas de milhões de empregados cobertos sejam excluídos do salário mínimo e / ou provisões de horas extras. Como nenhuma agência desenvolveu critérios socioeconômicos apropriados para identificar os trabalhadores autônomos, muito menos empreiteiros independentes sob notas de estatutos usando definições díspares, essa estimativa pode ser bastante irregular”. Trecho traduzido: “The number of workers excluded from the various statutory entitlements is huge. Under the most comprehensive program, Social Security (the only one not requiring an employee-employer relationship) in 1998 taxable earnings under the Old Age, Survivors, and Disability Insurance program were reported by 139,800,000 employees and 14,400,000 self-employed. Only 119,386,000 employees were covered by state Unemployment Insurance programs in 1997, while state Workers Compensation programs covered only 108,833,375 employees in 1996. Under the Fair Labor Standards Act (FLSA), the U.S. Department of Labor (DOL) estimates that 122,359,000 wage and salary workers were covered in 1996, though tens of millions of covered employees are excluded from the act's minimum wage and/or overtime provisions. Since no agency has developed appropriate socioeconomic criteria for identifying the selfemployed, let alone independent contractors under scores of statutes using disparate definitions, this estimate may be wildly errant” (LINDER, 1999, p. 189).

¹⁴² “Sistemas são imagináveis em que a sociedade protegeria todos os seus membros de várias vicissitudes da falta de poder de barganha, pobreza, insegurança, doença, lesão e discriminação, independentemente de terem um empregador, mas o regime de proteção do trabalho nos Estados Unidos não é um deles. Para ter direito aos direitos de negociação coletiva, salário mínimo ou prêmio de horas extras, indenização por desemprego ou por trabalhadores, pensões, proteção contra locais de trabalho inseguros ou contra discriminação com base em idade, raça, sexo ou deficiência e vários outros elementos exigidos pelo Estado, um trabalhador deve ser um empregado. O sistema federal extremamente fragmentado, composto por mais de 50 jurisdições, criou centenas de estatutos e regulamentos de proteção do trabalho cuja aplicabilidade depende do status do funcionário; não funcionários não recebem a aplicação das normas” (LINDER, 1999, p. 187). Trecho traduzido: “Systems are imaginable in which society would protect all its members from various vicissitudes of lack of bargaining power, poverty, insecurity, sickness, injury, and discrimination regardless of whether they have an employer, but the labor-protective regime in the United States is not one of them. To be entitled to collective bargaining rights, the minimum wage or overtime premium, unemployment or workers compensation, pensions, protection from unsafe workplaces or against discrimination based on age, race, sex, or disability, and various other state-mandated elements of the social wage, a worker must be an employee.’ The extremely fragmented federal

Com a *Employment Law* (1964), ocorre uma “revolução dos direitos”, com base na luta antidiscriminatória, cuja principal diferença em relação às políticas do *New Deal* foi, justamente, a busca por universalização dos direitos, com “uma certa transferência das lutas das fábricas para os tribunais” (KESSELMAN, 2010, p. 71). Cynthia Estlund (2005) põe em relevo a importância dos tribunais estadunidenses nas modificações de seu modelo juslaboral:

Desde a década de 1960, o sistema de negociação coletiva do *New Deal* foi complementado e amplamente substituído por outros modelos de governança no local de trabalho: um modelo regulatório de padrões mínimos aplicáveis principalmente por agências administrativas e um modelo de direitos de direitos individuais executáveis judicialmente. O primeiro é exemplificado pelas leis de salários e horas e pela Administração de Segurança e Saúde Ocupacional (OSHA); este último, pelas leis de direitos civis e pelos direitos dos empregados subjacentes à lei de quitação indevida. Esses dois órgãos jurídicos, que compõem grande parte do que chamamos de "direito do trabalho", mobilizaram instituições e recursos que não eram centrais no modelo de negociação coletiva constituído pelo "direito do trabalho". O modelo regulatório aproveitou o poder coercitivo e o alcance abrangente do governo, enquanto o modelo de direitos tornou os tribunais centrais para a articulação e a aplicação dos direitos dos funcionários, aproveitou o interesse e a indignação de indivíduos prejudicados e as energias profissionais e empreendedoras de seus advogados. (ESTLUND, 2005, p. 321, *tradução livre*)¹⁴³

A *Employment Law*, regulamentação pública também conhecida como *Lei dos Direitos Cívicos*, é composta por um conjunto de leis que proíbe discriminação em razão de cor de pele, crenças, nacionalidade ou sexo, seja na contratação, seja na carreira¹⁴⁴. Em um processo interativo entre leis, ações do governo e grandes decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, surgiram as políticas de tratamento preferencial ou de ações

system composed of more than 50 jurisdictions has created hundreds of labor-protective statutes and regulations whose applicability hinges on employee status; non-employees need not apply” (LINDER, 1999, p. 187).

¹⁴³ Trecho traduzido: “Since the 1960s, the New Deal collective bargaining system has been supplemented, and largely supplanted, by other models of workplace governance: a regulatory model of minimum standards enforceable mainly by administrative agencies and a rights model of judicially enforceable individual rights. The former is exemplified by the wage and hour laws and the Occupational Safety and Health Administration (OSHA); the latter, by the civil rights laws and the employee rights underlying the law of wrongful discharge. These two bodies of law, which make up much of what we call “employment law,” each mobilized institutions and resources that were not central to the collective bargaining model constituted by ‘labor law.’ The regulatory model harnessed the coercive power and comprehensive reach of the government, while the rights model made courts central to the articulation and enforcement of employee rights, and tapped into the self-interest and indignation of aggrieved individuals and the professional and entrepreneurial energies of their attorneys” (ESTLUND, 2005, p. 321).

¹⁴⁴ No âmbito antidiscriminatório, Kesselman (2010, p. 71) menciona o surgimento da *Age Discrimination Employment Act* (ADEA, 1967), da *Pregnancy Discrimination Act* (PDA, 1977) e da *Americans with Disabilities Act* (ADA, 1990).

afirmativas (*Affirmative Action Law*). Um segundo conjunto de leis e decisões judiciais referentes à *Employment Law* vem a introduzir, também, uma regulamentação mínima das condições de trabalho (KESSELMAN, 2010, p. 71 e 72)¹⁴⁵.

Dimensionar uma possível *americanização* dos sistemas juslaborais em países de tradição romano-germânica¹⁴⁶ requer retomar a gênese do modelo legislado, adotado no Brasil, como constituída pelo discurso jurídico sobre a necessidade de limitação do poder do empregador sobre o trabalhador.

No sentido da técnica jurídica do modelo romano-germânico, tornou-se necessário pensar o Direito do Trabalho, em especial no âmbito das relações individuais de trabalho, como um sistema de limites à autonomia privada. A realização desta ordem limitadora se deu, segundo Giugni (1986, p. 327), mediante a criação de técnicas jurídicas de invalidez, cláusulas obrigatórias, obrigações indenizatórias, sanções penais e, também, mediante uma técnica promocional positiva, antidiscriminatória¹⁴⁷.

O modelo normativo contratual trabalhista, nessa tradição, progride em direção a dois regimes: o da Alemanha, com o dever de fidelidade do trabalhador à empresa, a partir da ideia de cogestão; e o da França e da Itália, no sentido de tutela do sujeito trabalhador, reduzindo-se seus deveres ao âmbito da prestação acordada e subsistindo liberdade individual no ambiente de trabalho (GIUGNI, 1986, p. 329).

O Direito do Trabalho produziu e difundiu novas técnicas jurídicas, que transformaram a essência da ideia de contrato, como se verifica na situação em que as normas de ordem pública se impõem ao contrato celebrado entre as partes. Determina-se o conteúdo do negócio jurídico não pelos conteúdos negociais efetivamente desejados ou acordados entre patrão e empregado. Em outro sentido, como afirma Giugni (1986,

¹⁴⁵ “Uma segunda categoria de leis nacionais atinentes ao *Employment Law* introduziu uma regulamentação mínima das condições de trabalho (*minimum workplace requirements*). Trata-se da criação de uma inspeção trabalhista (OSHA) e da obrigação de aviso-prévio em caso de demissões em massa (WARN). Os empregados obtiveram certo controle sobre os planos de fundos de pensão, com uma garantia sobre seu financiamento (ERISA), e uma licença excepcional sem vencimentos em caso de doença grave na família de até doze semanas por ano (FMLA)” (KESSELMAN, 2010, p. 72).

¹⁴⁶ Süsskind (2017a, p. 167) diferencia as tradições juslaborais estadunidense e romano-germânicas e, após, posiciona-se contrário à aproximação, que para ele se concretiza no princípio do negociado sobre o legislado: “(...) pretender que a negociação derrube a lei, numa subversão total da hierarquia das fontes do Direito, como se pretendeu – negociando sobre o legislado – seria uma afronta à própria tradição jurídica brasileira e também uma desregulamentação do Direito do Trabalho (...)”.

¹⁴⁷ Giugni (1986, p. 328) faz referência à legislação racial e sexual do “Civil Rights Act” (1963), dos Estados Unidos. Além disso, afirma que há uma tendência recente a “estender a área normativa além da proteção dos interesses patrimoniais ou do bem estar físico, para tutelar a liberdade e a dignidade do trabalhador na vida de relações nas fábricas (em Itália, Estatuto dos Trabalhadores, 1970). Isto também pode ser realizado mediante a atribuição de competências específicas aos conselhos de fábrica (República Federal da Alemanha, 1972) ou aos sindicatos (Suécia, 1976)”.

p. 353), o contrato “se torna num meio para realizar efeitos legais, às vezes ignorados, ou nem sequer previsíveis pelos contraentes”, inclusive com fiscalização administrativa da execução contratual, possibilidade de determinação de ações afirmativas para admissão no trabalho de pessoas discriminadas, entre outros temas públicos.

No sentido da institucionalização de mecanismos especiais de limitação à autonomia privada, por meio da instituição de normas de ordem pública, Mário Pinto (1986, p. 41) destaca o mecanismo da imposição substitutiva de cláusulas (em especial, das convenções coletivas sobre os contratos individuais de trabalho) e a manutenção da relação jurídica, mesmo contra a vontade do empregador (situações de reintegração forçada). Apesar disso, o autor afirma que “verdadeiramente o que importa é apurar se o referido sistema de limitações à autonomia privada tem algum sentido funcional global, coerente e característico. É a este propósito que boa parte da doutrina refere a função de proteção ao trabalhador” (PINTO, 1986, p. 42).

A América Latina registra os casos de alguns dos primeiros países a regular a relação capital-trabalho, como México, Argentina, Chile, Brasil e Uruguai¹⁴⁸. A característica distintiva dessa regulação é seu caráter estatista e anunciado tradicionalmente como favorável ao trabalhador, com pouco espaço para negociação de condições de trabalho. As reformas neoliberais nesses países começam com o caso argentino em 2001¹⁴⁹ e representam, na visão de Graciela Bensusán (2013, p. 101), o esgotamento ou fim do modelo antes adotado¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Uma perspectiva comparada da América Latina da década de 1990 apresenta que Bolívia, Paraguai, México e Venezuela são considerados países anticontratuálistas (COUTINHO, 1997, p. 329). No México, tradicionalmente, os contratos por prazo determinado são permitidos apenas em caráter excepcional, quando (a) exigido pela natureza do trabalho, (b) substituição temporária de outro trabalhador, (c) casos previstos em lei, (d) contrato por obra. Na Argentina, além do contrato de emprego padrão, há quatro figuras previstas na Ley Nacional de Empleo, que podem ser permitidas pela negociação coletiva, quais sejam: “(...) o contrato como medida para o fomento do emprego, para o lançamento de uma nova atividade, para a prática aos jovens e o para o trabalho-formação, todos mediante manifestação em negociações coletivas e com redução dos encargos sociais” (COUTINHO, 1997, p. 350).

¹⁴⁹ Conforme Graciela Bensusán (2013, p. 102, *tradução livre*): “Em 2001, a crise do modelo econômico neoliberal surgiu na Argentina, que se espalhou pelos países vizinhos. A crise econômica global de 2008-2009 teve um forte impacto na região, mas foi seguida por uma rápida recuperação na maioria dos países. Esta década mostrou que havia motivos para questionar os prognósticos mais pessimistas sobre o desenlace dos ataques ao antigo Modelo Estatístico de Regulamentação do Trabalho (SMLR)”. Trecho traduzido: “In 2001, the crisis of the neoliberal economic model arose in Argentina, which spilled over into neighboring countries. The global economic crisis of 2008-2009 had a strong impact in the region but it was followed by a rapid recovery in most of the countries. This decade showed that there was reason to question the most pessimistic prognoses about the denouement of the attacks on the old Statist Model of Labor Regulation (SMLR)”. (BENSUSÁN, 2013, p. 102)

¹⁵⁰ “Países como México, Argentina, Chile, Brasil e Uruguai foram os primeiros a regular as relações entre trabalho e capital. Uma característica distintiva de suas leis trabalhistas era o caráter marcadamente estatista e pró-trabalhador de sua abordagem à regulamentação trabalhista, deixando pouco espaço para a negociação de condições de trabalho entre os parceiros sociais. ' Esta é a razão pela qual o advento das

A crise não se caracteriza por um declínio, por um colapso, por uma retirada do Estado em relação aos contratos, mas sim pela aproximação regulamentada entre os modelos juslaborais e, nesse sentido, por uma certa *americanização* dos ordenamentos jurídicos de Direito do Trabalho, que caminham para o modelo negocial, sem deixar de preservar características do modelo legislado¹⁵¹.

As principais características de uma “nova era de precarização estrutural do trabalho”, descrita por Antunes (2018, p. 76), são (i) a erosão do trabalho contratado e regulamentado, (ii) a criação de falsas cooperativas, (iii) o empreendedorismo e (iv) a degradação do trabalho imigrante. Tem-se, então, uma crise da própria teoria de um contrato *único* e padrão para o emprego protegido, com instituição e expansão de arranjos crescentemente híbridos.

Destacar aspectos deste momento histórico exige reconhecer que o trabalho protegido é a exceção da história social do trabalho, e não a regra, pois “só existiu depois do apocalipse de 80 milhões de mortos na II Guerra”, como recorda a historiadora do trabalho portuguesa Raquel Varela (2018, p. 13). Ainda que excepcional, foi financiado pela classe trabalhadora, como destaca a *Economic Survey of Europe* das Nações Unidas em 1950, citada por Varela (2018): “‘Todo o sistema de segurança social foi financiado por uma enorme redistribuição de rendimentos no seio da classe trabalhadora’.

[Comenta a autora:] Nesse sentido, a segurança social deu a provar aos trabalhadores o seu próprio remédio” (VARELA, 2018, p. 22). A autora destaca que o financiamento da

políticas neoliberais (notavelmente liberalização comercial e privatização) pareceu anunciar mais do que crises econômicas. Para muitos, foi também o fim do modelo ou paradigma trabalhista que prevaleceu nos países mais desenvolvidos da região. Esse modelo era baseado na proteção de trabalhadores dependentes e associado a estratégias de desenvolvimento de substituição de importações e industrialização centrada no mercado doméstico” (BENSUSÁN, 2013, p. 101, *tradução livre*). Trecho traduzido: “Countries such as Mexico, Argentina, Chile, Brazil, and Uruguay were amongst the first to regulate relations between labor and capital. A distinctive feature of their labor laws was the markedly statist and pro-worker character of their approach to labor regulation, leaving little scope for the negotiation of working conditions between the social partners.’ This is a reason why the advent of neoliberal policies (notably trade liberalization and privatization) seemed to herald more than economic crisis. For many, it was also the end of the model or labor paradigm that had prevailed in the most developed countries of the region. This model was predicated on the protection of dependent workers and associated with import substitution development strategies and industrialization centered on the domestic Market” (BENSUSÁN, 2013, p. 101).

¹⁵¹ Seria impreciso apenas afirmar que a aproximação se dá ao modelo norte-americano ou inglês e que, nesses países, o trabalho não se encontra em mutação. Como salienta Sadi Dal Rosso (2017, p. 13), diferentes legislações precarizantes do trabalho foram aprovados no Reino Unido e nos Estados Unidos no período recente. Por exemplo, a partir de 2014, no Reino Unido, todos os trabalhadores passaram a poder solicitar ao empregador horários flexíveis. Nos Estados Unidos e na União Europeia, também as jornadas flexíveis se encontram no centro das políticas de precarização: “o capital está movendo um mecanismo que converte tempos de não trabalho em tempos de trabalho, trazendo para esfera de controle do capital horas laborais que estavam sistematicamente fora de sua dominação” (DAL ROSSO, 2017, p. 15).

política social é realizado pelos próprios trabalhadores, na constituição do fundo público.

A transformação do *remédio*, dado na forma de autofinanciamento compulsório, em pura *extração forçada* de mais-valor será denominada, nesta tese, movimento de acumulação por espoliação (HARVEY, 2004), em que o Estado age no sentido não de *desregulamentar* direitos, mas sim de, *regulamentando-os, esvaziar o seu sentido original e disponibilizar novas mercadorias ao capital*. Na era da mundialização do capital, as políticas de austeridade agem de forma desigual e combinada (MALTA, 2019), mas o contexto geral que lhes dá origem é a mesma crise estrutural (MÉSZÁROS, 2011), que tem como marco temporal a década de 1970.

A década de 1980 marca o início do fim do pacto social europeu e a década de 1990 assinala a viragem capitalista da República Popular da China. Neste país, a política do filho único foi uma forma particular de expropriação, que empurrou camponeses para as cidades e os despossuiu, considerando-se que os filhos, na terra, são também eles meios de produção. Não por acaso, nesta época, duplicou-se a força de trabalho disponível ao mercado mundial (VARELA, 2018, p. 09). Trata-se do momento em que a “*classe-que-vive-do-trabalho* sofreu a mais aguda crise deste século, que atingiu não só a sua *materialidade*, mas teve profundas repercussões na sua *subjetividade* e, no íntimo inter-relacionamento destes níveis, afetou sua *forma de ser*” (ANTUNES, 2011, p. 23, grifos do autor).

A conversão capitalista chinesa foi contemporânea da conversão capitalista soviética e ambas se somaram à “abertura” econômica da República Popular da Índia. Isso configurou, conforme van der Linden citado por Varela (2018), um “choque de oferta de trabalho”. Resulta que o crescimento da oferta de trabalho modifica a relação do Estado com as classes sociais, pois a consolidação da indústria e do trabalho neste século foram baseados no fordismo, do qual as características básicas são dadas, segundo Antunes (2011, p. 24 e 25) pela produção em massa de mercadorias, pelo controle dos tempos e movimentos, pela existência do trabalho parcelar e da fragmentação das funções, pela separação entre elaboração e execução do trabalho, pela concentração e verticalização das unidades fabris, bem como pela ideia de trabalhador coletivo fabril.

Ricardo Antunes (2018, p. 266) informa que a sobrevivência reprodutiva do sistema de metabolismo social do capital, nas décadas de 1970 e 1980, se gestou sobre a “pragmática neoliberal e a reestruturação produtiva, ambas sob o comando

hegemônico do mundo das finanças”. Streeck (2018, p. 10) analisa o mesmo período como de crescente incapacidade do sistema capitalista para concretizar demandas democráticas, após o fim do crescimento do pós-guerra, decorrente do fato de que

(...) o crescimento nos países capitalistas centrais, desde os anos 1970, retrocedeu, a desigualdade da distribuição de renda aumentou e o endividamento geral elevou-se. Concomitantemente, a participação política nas votações diminuiu ao longo do tempo, sindicatos (e partidos políticos) perderam membros e poder, e as greves arrefeceram quase por completo (STREECK, 2018, p. 11).

Para o autor, a crise de 2008 não foi um fato isolado, mas uma parte e uma etapa de uma sequência histórica, que deve ser diferenciada em três fases: “a inflação dos anos 1970, o embrionário endividamento estatal no decênio seguinte e o crescente endividamento dos orçamentos privados (...) desde 1990. Às três fases foi comum o término de uma crise, cuja solução foi o imediato desfecho de uma nova crise” (STREECK, 2018, p. 10).

As análises são compatíveis com a caracterização de Varela (2018, p. 06), para quem a precariedade de trabalho se dá pela ausência da segurança no emprego, e não a partir da análise das condições de execução do trabalho¹⁵². Segurança social, então, é o oposto de facilidade de despedimento. Os que são mais facilmente demissíveis são mais inseguros e, entre eles, incluem-se os *zero hour contract*, os trabalhadores com contrato a prazo, os pagos por peça, os estagiários, aqueles trabalhadores do Estado com possibilidade de demissão, os que possuem contratos de prazos fixos e, ainda, uma categoria específica de pequenos proprietários, nos quais o capital circula, mas não se acumula, pois “mal dá pra pagar as contas” (VARELA, 2018, p. 06).

A precariedade laboral não se realiza sem a intervenção do Estado, apenas em uma relação informal de trabalho, mas sim como uma tendência dinâmica, com características discerníveis legalmente. Nicola Kountouris (2012) delinea, como matriz jurídico-legal da precariedade, cinco determinações essenciais: “(1) precariedade do status de imigração; (2) precariedade do status de emprego; (3) precariedade temporal;

¹⁵² Ao conceituar precariedade, Varela toma o cuidado de não apenas definir quem sejam os precários, aqueles que não possuem segurança social, mas também apresentar quem é excluído da definição. Não fazem parte da classe trabalhadora as pessoas cuja força de trabalho é de difícil reprodução, pois a intensificação ou mobilidade do trabalho não implica em situação de desemprego, o que Varela exemplifica com o caso dos médicos, “ou seja, nem toda a mobilidade é precária e há relações jurídicas de trabalho protegido e até de empresários que configuram trabalho precário” (VARELA, 2018, p. 06).

(4) precariedade de renda; (5) precariedade do controle organizacional”. (KOUNTOURIS, 2012, p. 27, *tradução livre*)¹⁵³.

As modificações realizadas no direito laboral espanhol merecem atenção, pelo destaque conferido aos trabalhadores autônomos, com o qual o mundo do trabalho brasileiro possui aproximações. Esther Torres (2010, p.230 e 231) descreve a ocorrência de mudanças no modelo e no sistema laboral espanhol a partir do desenvolvimento da indústria de serviços terciários, acompanhado do impacto da globalização e da internacionalização da economia nas relações de trabalho. O sistema flexível de trabalho e o modelo de negócios horizontal¹⁵⁴, implantados no país, demandaram maior autonomia organizacional, mas também aumento da autonomia técnica e funcional dos trabalhadores¹⁵⁵.

As mudanças do mundo do trabalho não requerem apenas uma reclassificação teórica das categorias tradicionais, mas mais propriamente uma redefinição completa do objeto e conteúdo da lei trabalhista (TORRES, 2010, p. 231)¹⁵⁶. A autora ressalta a

¹⁵³ Trecho traduzido: “Having introduced this important caveat it is now possible to outline the following matrix of key legal determinants of precariousness: (1) immigration status precariousness; (2) employment status precariousness; (3) temporal precariousness; (4) income precariousness; (5) organizational control precariousness” (KOUNTOURIS, 2012, p. 27).

¹⁵⁴ “Tudo isso nos permite falar sobre um ‘sistema de produção flexível’, que abre as portas para um ‘modelo de negócios horizontal’, baseado em parâmetros que nada têm a ver com as categorias em que tradicionalmente o direito do trabalho se baseia. Como resultado disso, há uma confusão das fronteiras geralmente claras que historicamente separaram suas instituições centrais e um ‘desalinhamento’ dos princípios que, por enquanto, tornaram possível adaptar os regulamentos legais às necessidades práticas. (TORRES, 2010, p. 231, *tradução livre*)”. Trecho traduzido: “All this allows us to talk about a ‘flexible production system’, which opens the door to a ‘horizontal business model’, based on parameters that have nothing to do with the categories that labor law has traditionally been based on. As a result of this, there is a blurring of the generally clear borders that have historically separated its central institutions and a “misalignment” of the principles that, for the time being, have made it possible to adapt legal regulations to practical needs” (TORRES, 2010, p. 231).

¹⁵⁵ Por um lado, isso é evidente na maior autonomia organizacional que vemos (descentralização produtiva, modelos de trabalho baseados em rede, modificações nas estruturas da empresa, etc.) e, por outro, no aumento da autonomia técnica e funcional (a tendência predominante de estruturas de pessoal com base em gerentes, trabalhadores do conhecimento e profissões de treinamento e informação, a implementação de sistemas de autogestão nos métodos e processos de produção, etc. (TORRES, 2010, p. 231, *tradução livre*). Trecho traduzido: “On the one hand, this is evident in the greater organizational autonomy we see (productive decentralization, network-based work models, modifications in company structures, etc.) and, on the other hand, in the increase of technical and functional autonomy (the prevalent trend of manager-based staff structures, knowledge workers and training and information professions, the implementation of self-management systems in production methods and processes, etc.)” (TORRES, 2010, p. 231).

¹⁵⁶ “Essa situação afeta até os parâmetros utilizados para definir os próprios sujeitos das relações de trabalho (empresários e trabalhadores). Por esse motivo, devemos examinar até que ponto essas mudanças requerem simplesmente uma reclassificação teórica das categorias tradicionais ou, se pelo contrário, precisamos redefinir completamente o objeto e o conteúdo de lei trabalhista”. (TORRES, 2010, p. 231, *tradução livre*). Trecho traduzido: “This situation even affects the parameters used to define the very subjects of labor relations (businessmen and workers). For this reason, we must examine up to what point these changes simply require a theoretical reclassification of traditional categories or, if on the contrary, we have to completely redefine the object and content of labor law” (TORRES, 2010, p. 231).

radicalidade das transformações¹⁵⁷, que se inserem em um quadro de redefinição do conteúdo do Direito do Trabalho em âmbito europeu, realizado com grande atuação dos tribunais da União Europeia na reconfiguração dos conceitos clássicos com os quais a lei trabalhista até então trabalhava. Nas palavras da autora:

A opção preferida parece favorecer a redefinição do conteúdo do direito do trabalho. A esse respeito, o debate na França, Reino Unido, Alemanha e Itália se baseia na necessidade de reconfigurar o conceito de "trabalho". Como tal, esses países estão considerando a necessidade de ampliar o escopo subjetivo e modular os graus de proteção legal, dependendo das características dos diferentes sujeitos "trabalhando" (TORRES, 2010, p. 232, *tradução livre*)¹⁵⁸.

Nesse sentido, observe-se que o primeiro estatuto jurídico da União Europeia, a Lei 21/2007, foi projetado especificamente para regular condições contratuais de trabalhadores independentes, como uma “(...) categoria de proteção legal muito semelhante à dos assalariados” (TORRES, 2010, p. 232)¹⁵⁹. Estimava-se, em 2010, que 50 milhões de pessoas trabalhavam por conta própria na União Europeia (TORRES, 2010, p. 233). Na Espanha, os tribunais tinham como principal problema a atribuição ou não da qualidade de empregado¹⁶⁰, que passou a diferenciar o dependente ou

¹⁵⁷ “Existem cerca de dois milhões de trabalhadores autônomos na Espanha, a maioria dos quais trabalha no setor de serviços executando tarefas de valor agregado. De fato, os campos setoriais e profissionais em que a lei terá um impacto significativo em particular são o setor de transportes; a indústria de papel; impressão e publicação; corretores financeiros e agentes comerciais; TI, pesquisa e desenvolvimento; pessoas que trabalham na mídia; e o setor de construção” (TORRES, 2010, p. 247, *tradução livre*). Trecho traduzido: “There are about two million self-employed workers in Spain, most of whom work in service industry carrying out added value tasks. In fact, the sectorial and professional fields in which the law is going to have a significant impact in particular are the transport sector; the paper industry; printing and publishing; financial brokers and commercial agents; IT, research, and development; people working in the media; and the construction sector” (TORRES, 2010, p. 247).

¹⁵⁸ Trecho traduzido: “This is an ongoing debate within the majority of European Union member countries as is clear after analyzing recent jurisprudence aimed at delimiting the classic concepts on which labor relations law has been based thus far. The preferred option seems to favor redefining the content of labor law. In this respect, the debate in France, the United Kingdom, Germany, and Italy is based on the need to reconfigure the concept of “work.” As such, these countries are considering the need to broaden the subjective scope and modulate the degrees of legal protection depending on the characteristics of the different subjects ‘working.’” (TORRES, 2010, p. 232).

¹⁵⁹ Trecho de referência: “In Germany and Italy, as we will see below, the first steps have already been taken to transfer the typical rights associated to salaried employees to self-employed workers. Spain has recently taken another step. In 2007, the first legal statute in the EU was drafted (Ley 21/2007, of July 11) specifically designed to regulate contractual conditions for self-employed workers, placing them in a **category of legal protection very similar to that of salaried employees**. In 2009, a new Real Decreto came into force to develop rules about contractual topics and to regulate the Self-Employed Workers Association Registry Office” (TORRES, 2010, p. 232 e 233, grifos nossos).

¹⁶⁰ Os critérios para configuração da relação de emprego na Espanha, levados em conta pelos tribunais, são a dependência, a alienação de riscos e benefícios e a remuneração econômica (TORRES, 2010, p. 233). Como afirma a autora: “Na Espanha, antes da promulgação do Estatuto dos Trabalhadores de 1980, um dos principais objetivos de nossos Tribunais de Justiça era como definir os parâmetros legais para conceituar o emprego assalariado e realizar a delimitação necessária do direito do trabalho. De qualquer forma, os legisladores - como ocorreu em outros Estados-Membros da UE - foram capazes de articular

assalariado e o trabalho independente, entre os quais persistia uma certa “área cinzenta” (TORRES, 2010, p. 234).

Apesar das dificuldades de classificação, afirmou-se constantemente a força do conceito de contrato de trabalho, a partir da ideia de que os contratos “são o que são”, e não o nome (*nomen iuris*) que as partes atribuem à relação contratual: “Contratos e relacionamentos ou vínculos são o que são e não o que as partes querem que sejam, nem o que parecem ser” (TORRES, 2010, p. 235, *tradução livre*)¹⁶¹.

A Espanha foi, assim, um país pioneiro do paradigma da flexissegurança (*flexi-security*), em que se combinaram “(...) certos níveis de proteção para os trabalhadores com o critério da flexibilidade”¹⁶². Este experimento legal do capital com a saúde do trabalho ocorre com a passagem do paradigma do direito do trabalho para uma noção mais parecida a uma espécie de *soft law*, que afirma os direitos trabalhistas no plural¹⁶³.

A situação francesa também revelou uma tentativa de redução de direitos pela via contratual, com a tentativa de instituição do contrato de primeiro emprego. No país, era vigente a impossibilidade de dispensa imotivada, desde a lei de 1973¹⁶⁴. O contrato

esses parâmetros com base em três elementos (...). A jurisprudência tem se encarregado de fornecer esse conteúdo e significado por meio de um processo evolutivo em mudança, no qual várias fases de expansão e regressão se sucederam, em inúmeras ocasiões levando a processos de intervenção normativa, embora na maioria das vezes para corrigir e racionalizar o critérios utilizados pelos tribunais”. (TORRES, 2010, p. 233, *tradução livre*). Trecho traduzido: “In Spain, prior to the enactment of the 1980 Statute on Workers, one of the main goals of our Justice Courts has been how to set the legal parameters to conceptualize salaried employment as well as carry out the necessary delimitation of labor law. In any case, legislators-as has occurred in other EU Member States-have been able to articulate these parameters based on three elements (...). Jurisprudence has been in charge of giving these content and meaning through a changing, evolutionary process in which various phases of expansion and regression have succeeded each other, on numerous occasions leading to processes of normative intervention, though the majority of times to correct and rationalize the criteria used by the Courts” (TORRES, 2010, p. 233).

¹⁶¹Trecho traduzido: “**Contracts and the relationships or bonds are what they are and not what the parties want them to be nor what they appear to be.** As such, no matter what the formula used, if the contractual relationship requires carrying out services through a regime of dependency and alienation from risks and benefits, it needs to be considered salaried employment. (TORRES, 2010, p. 235, grifos nossos).

¹⁶² Trecho traduzido: “(...) certain levels of protection for workers with the criteria of flexibility” (TORRES, 2010, p. 248).

¹⁶³ “Não podemos mais falar sobre direito do trabalho; antes, precisamos agora falar sobre direitos trabalhistas. Isso é especialmente importante no contexto europeu no qual muitos dos paradigmas nos quais a proteção do trabalho se baseia continuarão mudando sob o conceito de ‘flexi-segurança’” (TORRES, 2010, p. 248, *tradução livre*). Trecho traduzido: “We can no longer talk about labor law; rather, we must now talk about labor rights. This is especially important in the European context in which many of the paradigms on which labor protection is based will continue to change under the concept of ‘flexi-security’” (TORRES, 2010, p. 248).

¹⁶⁴ Como observam Lorena Porto e Márcio Túlio Vianna (2007, p. 96): “Na ordem jurídica francesa, a partir da lei de 13.07.1973, a dispensa do trabalhador contratado a prazo indeterminado não pôde mais ser imotivada, devendo necessariamente ser justificada por uma causa real e séria. A realidade da causa consiste, basicamente, na sua existência e exatidão, enquanto que a seriedade está relacionada a uma conduta faltosa do trabalhador ou ao interesse da empresa (v.g., motivo econômico ou insuficiência profissional do empregado)”.

de primeiro emprego permitia a demissão sem causa “real e séria”, requisitos para a demissão no contrato de duração indeterminada (PORTO; VIANNA, 2007, p. 97).

Uma perspectiva comparada entre França e Estados Unidos é fornecida por Kesselmann e informa que, na França, tem-se pensado o trabalho precário como aquele que não segue o padrão do contrato de duração indeterminada¹⁶⁵. Nos Estados Unidos, como visto, não existiu uma padronização nacional, institucional, do status salarial¹⁶⁶. Por isso, é preciso pensar a precarização como a *institucionalização da instabilidade*, uma adaptação progressiva derivada de uma “(...) acumulação de práticas coletivas, de dispositivos legislativos, de regras jurisprudenciais, que resultam dos períodos históricos sucessivos e obedecem a lógicas diferentes” (KESSELMAN, 2010, p. 69).

Um comportamento estrutural clássico do mundo do trabalho estadunidense é a combinação entre baixo índice de desemprego e crescimento rápido do emprego, o que se apresenta como uma diferença essencial com a crise ocorrida na França e na Espanha (KESSELMAN, 2010, p. 73). Com a crise econômica de 2008, duplicou-se o desemprego nos Estados Unidos e o índice de subemprego chegou a 17% da população ativa¹⁶⁷.

Não se pode deixar de considerar a substituição da política social pela política penal como uma forma de ocultação dos índices de desemprego nos Estados Unidos (WESTERN; BECKETT; HARDING, 2003), dinâmica que também pode ser observada no Brasil (OLIVEIRA NETO; ARGUELLO; MELLO, 2019). Nos Estados Unidos, as bases desse processo foram a criminalização da miséria e o encarceramento de grupos marginalizados (WACQUANT, 2003, p. 09).

¹⁶⁵ Donna Kesselmann (2010, p. 67) descreve o processo de expansão de contratualidades atípicas com o objetivo de precarização do trabalho no país: “Regulamentaram-se, a partir da década de 1970, o contrato de trabalho interino, o contrato de duração determinada e o contrato de tempo parcial, todos em alternativa ao contrato de duração indeterminada”.

¹⁶⁶ “Nos Estados Unidos, a situação é diferente. O que se denomina status salarial nunca foi objeto de padronização institucional nem foi estendido ao conjunto dos trabalhadores, mas foi construído por uma combinação de elementos heterogêneos: normas jurídicas, negociações coletivas, práticas de gestão dos recursos humanos das grandes empresas. De fato, jamais existiu nesse país, como na França, um ideal de constituição de uma classe social homogênea beneficiando-se de direitos iguais, ou uma vontade coletiva de redistribuição em escala nacional do custo social ou dos riscos trabalhistas (PELLISSIER; SUPIOT, 2006). Assim, o lugar do contrato social e o papel do movimento sindical são mais determinantes do que geralmente se crê” (KESSELMAN, 2010, p. 67 e 68).

¹⁶⁷ “O índice de desemprego nos Estados Unidos mais do que dobrou nos dois anos que se seguiram ao início da recessão em dezembro de 2007, passando de 4,9% para 10,2%, índice mais elevado desde 1982 (10,9%) (Bureau of Labor Statistics, 2009). Disparidades acentuam-se com as variações de gênero e de etnia e raça. No mês de outubro de 2009, enquanto o índice dos brancos subia para 9,5%, sendo 10,7% para os homens brancos, principalmente na manufatura, a média nacional dos trabalhadores hispânicos e negros era de 13,1% e 15,7% (BLS, 2010). A difusão de informações enraizou nos espíritos a realidade de centenas de milhares de desempregados a mais por mês, a perda de 8,2 milhões nesse período, alcançando 15,7 milhões ao final de 2009” (KESSELMAN, 2010, p. 89).

O declínio do modelo do *New Deal* e o surgimento do trabalho precário são, ambos, movimentos de resposta do patronato à restrição de suas prerrogativas de gestão, sem que os problemas da negociação coletiva desaparecessem do mundo do trabalho estadunidense, como destacou Cynthia Estlund (2005, p. 321)¹⁶⁸. Devido à regulamentação frágil, nos Estados Unidos, o patronato tinha as “mãos livres” para precarizar o trabalho, pois no caso europeu havia a necessidade de que os precários possuísem igualdade de tratamento com aqueles que fossem contratados em período integral, ao menos em matéria de salários e proteção social (KESSELMAN, 2010, p. 74).

O desenvolvimento do trabalho precário, nos Estados Unidos, é ligado ao questionamento e à limitação do status salarial, que é base para a atribuição de direitos, proteções e benefícios, legislativos, contratuais e jurisprudenciais. Esse questionamento do status salarial corresponde à definição de que “Somente os trabalhadores que não têm responsabilidade decisória ou propositiva no trabalho podem beneficiar-se de direitos de negociação, de ações de reivindicação, de contratos coletivos” (KESSELMAN, 2010, p.77)¹⁶⁹.

O modelo estadunidense tem admitido a multiplicação de composições jurídicas, em especial por meio da atribuição do *status* de trabalhadores como contratantes independentes¹⁷⁰, antes mencionada, mas também com o desenvolvimento da “(...) terceirização de serviços para franquias, para trabalhadores com contrato de longa duração postos à disposição por uma agência (*leasing*) ou por uma PEO (*professional employer organization*)” (KESSELMAN, 2010, p. 79).

Nesse desenho institucional fragmentado do trabalho, flexibiliza-se até mesmo o combate à discriminação, a partir do tamanho da empresa. Em três exemplos,

¹⁶⁸ “Como o modelo de autogovernança industrial do New Deal nos Estados Unidos envelheceu e ossificou, os problemas para os quais a negociação coletiva deveria ser a resposta não desapareceram. A lei também não deixou de lidar com eles. Pelo contrário, o papel das leis externas – dos tribunais, da legislação e dos órgãos reguladores – floresceu à medida que o sistema New Deal de legislações internalizadas e resolução de disputas diminuiu” (ESTLUND, 2005, p. 321, *tradução livre*).

¹⁶⁹ “(...) esse campo de sindicalização reduzido exclui os ‘executivos’ (os *supervisors* e os *managers*) e também os técnicos. Definições cada vez mais limitadas foram-se sucedendo: as auxiliares de pré-escola e os auxiliares de cozinha (inclusive no *fast-food*) foram eliminados da categoria, sob a influência da administração G.W. Bush, em decorrência de decisões da Comissão Nacional de Arbitragem das Relações Industriais (NLRB) e da Corte Suprema” (KESSELMAN, 2010, p. 77 e 78).

¹⁷⁰ As definições do status salarial são variadas, conforme a lei federal. Os critérios de reconhecimento do status são múltiplos, sendo diverso para o fundo de pensão e a semana de quarenta horas, por exemplo. “Em todos os casos, a exclusão dos trabalhadores precários dos direitos sociais decorre do fato de que essa legislação é concebida para os empregados permanentes. Em matéria de aposentadoria, não é fácil contabilizar as mil horas anuais que permitem cotizar para um fundo de pensão” (KESSELMAN, 2010, p. 80).

Kesselman (2010, p. 80) informa que (i) as leis sobre discriminação de idade, etnia, gênero só se aplicam a empresas com mais de 20 empregados; (ii) a lei do aviso prévio, em caso de demissão coletiva, só se aplica a empresas com mais de 100 empregados; e (iii) também a lei da licença em caso de doença grave na família possui critérios restritivos: devem-se trabalhar, no mínimo, 25 horas por semana (1.250 horas por ano) e o empregador deve ter, no mínimo, 50 empregados (KESSELMAN, 2010, p. 80).

Constrói-se, contemporaneamente, o que Befort, citado por Kesselman, denomina “buraco negro do direito do trabalho”, em que se generaliza a fragmentação, com “(...) indivíduos que trabalham em um mesmo lugar, mas em formas particulares de emprego” (KESSELMAN, 2010, p. 82). Nesse modelo, os direitos não são propriamente subtraídos, mas inscritos em um desenho institucional no qual a responsabilização do empregador e a resistência coletiva dos trabalhadores é cada vez mais difícil. É o que acontece com as dificuldades para prova do assédio sexual e a sindicalização¹⁷¹.

Na reflexão sobre os subempregos nos Estados Unidos, merecem destaque as trabalhadoras domésticas¹⁷² e o critério discriminatório de raça¹⁷³. O país é marcado por guetos étnicos, em que trabalhadoras e trabalhadores negros recebiam, em 2004, cerca de 55% do salário percebido por brancos. Ampliando-se a estatística para o âmbito das famílias, tem-se que uma “(...) uma família negra média capitalizava apenas 19% das riquezas (*net worth*) acumuladas por uma família branca, principalmente a casa própria. É o índice mais significativo, mais do que o salário, das chances de ascensão social da próxima geração” (KESSELMAN, 2010, p. 86).

¹⁷¹ Sobre o assédio moral, afirma Donna Kesselman (2010, p. 81): “Embora o Estado americano tenha adotado, desde 1988, normas de responsabilidade conjunta contra a discriminação e o assédio sexual para as trabalhadoras mais precárias, na realidade, os tribunais não entram em acordo sobre sua aplicação. E é evidentemente mais fácil transferir o trabalhador do que resolver o problema, e é muito difícil para a trabalhadora precária provar um tratamento discriminatório (MERCHANT, 2005)”. Sobre a sindicalização: “Além disso, os trabalhadores precários resistem à defesa coletiva dos direitos existentes, pois a maioria não tem acesso à sindicalização. À oposição entre trabalhadores com status diferentes em uma empresa se acrescenta o apelo aos trabalhadores precários como substitutos dos grevistas, prática legal e cada vez mais freqüente nos últimos vinte anos. O trabalho precário mostrou-se assim um fator, com freqüência minimizado, de fragilização do sindicalismo estadunidense, em um momento chave de sua existência, em seu papel de contra-poder” (KESSELMAN, 2010, p. 82).

¹⁷² Quanto às domésticas no país, elas realizam trabalhos clandestinos e frequentemente são imigrantes, com regulamentação quase inexistente sobre condições de trabalho e remunerações (KESSELMAN, 2010, p. 85).

¹⁷³ A força dos critérios discriminatórios de raça é muito grande no mundo do trabalho estadunidense. Donna Kesselman (2010, p. 89) ressalta que “Segundo uma comissão de inquérito do Senado americano em março de 2007, se o índice de desemprego nacional alcançava somente 4,5%, o de uma camada particular, a dos homens negros sem ensino secundário, havia passado de 59% para 72% em alguns anos. A cifra equivalente era de 29% para os brancos e de 19% para os hispânicos”.

A crise econômica e do contrato de trabalho, portanto, atingem diretamente ambos os modelos de regulação *juslaboral*. As tradições negociada e legislada sofrem influência recíproca e migrações doutrinárias¹⁷⁴ sobre temas como imposição de normas públicas universais no contrato de trabalho, nos Estados Unidos, e fortalecimento da perspectiva negocial e da autonomia privada, na Espanha.

Chama a atenção o despudor com que os países em crise, em ambos os modelos, apresentam traços de um novo desenho legal do Direito do Trabalho, institucionalmente discriminatório, do qual se exemplificou a convivência entre imposição e não imposição de cláusulas de caráter público nos contratos privados de trabalho, para diferentes trabalhadores, em uma mesma empresa.

Além da legalidade com impacto discriminatório, merece destaque a atuação conjugada entre diferentes setores do Estado, com funções originalmente não legislativas, para a construção desta precariedade institucionalizada. Multiplicam-se as composições jurídicas do contrato de trabalho e diversifica-se a aplicação das normas, a partir de características dos sujeitos contratantes, empresa e empregado, revelam um futuro em que a tendência para maior desigualdade no Direito do Trabalho oferece novas consequências para a subjetividade do trabalho.

As antinomias de uma vontade subordinada e livre são explícitas na teoria clássica do contrato de trabalho. As tendências da crise do contrato de trabalho têm foco na perspectiva negocial e em um enquadramento jurídico fragmentado da relação de trabalho. Conhecidos os paradoxos na origem da teoria e a crise dos sistemas legislado e negociado, passa-se ao exame da tipicidade contratual na regulação do trabalho brasileira.

b) Tipicidade contratual e suas insuficiências para pensar o Brasil

Apresenta-se nesta subseção o que seja a tipicidade contratual trabalhista, suas principais características e suas insuficiências para pensar o Brasil, onde a crise do Direito do Trabalho tem origem e impacto diferenciados. No país, os contratos de trabalho de tempo integral e por prazo indeterminado atingiram a maioria da população economicamente ativa em raras oportunidades. Com a crise, torna-se explícita e

¹⁷⁴ Entendem-se as migrações doutrinárias como a influência recíproca entre autores clássicos do *juslaboralismo*, como aquela que ocorre entre Kahn-Freund, H. Sinzheimer e Gino Giugni, descrita por Martine Le Friant (2013).

incortornável a insuficiência do modelo de análise contratual que postula a unificação do objeto contratual empregatício.

Como se verá, o objeto se diversifica legalmente e o Estado passa a reconhecer como modalidades híbridas contratuais, como o contrato intermitente, o contrato de parceria, o contrato terceirizado e outras modalidades contratuais, como o contrato de trabalho verde e amarelo, em que direitos são subtraídos, supostamente em benefício dos trabalhadores.

A tipicidade contratual trabalhista¹⁷⁵ é uma limitação à autonomia privada, inobstante seja permitida legalmente a liberdade de contratação para modalidades contratuais de prestação de serviço diversas do contrato de emprego. Todas essas modalidades, no Direito dos Contratos, são classificadas como contratos de atividade, em figuras contratuais similares ao contrato de emprego, cuja fronteira é desafiada e sofre metamorfoses com a nova regulação jurídica.

As fronteiras ou bordas de legalidade entre os contratos de trabalho e os contratos civis exigem, em um primeiro momento, a apresentação dos elementos jurídico-formais do contrato civil brasileiro, que possuem aplicabilidade subsidiária ao Direito do Trabalho, por força do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe, na nova redação dada ao parágrafo primeiro após a contrarreforma trabalhista¹⁷⁶: “§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”.

¹⁷⁵ O Código Civil de 2002 estabelece, como sustenta Guilherme Feliciano (2003, p. 277), “um padrão geral de legalidade que referenda o prestígio liberal à autonomia privada e, nesse passo, reconhece validade apriorística a todos os contratos atípicos. Contratos atípicos são aqueles que não encontram subsunção estrita nas modalidades legalmente dispostas, ou que reúnem, em figura híbrida, características essenciais de dois ou mais contratos típicos”. Segundo Aldacy Coutinho (1997, p. 349), a tipicidade contratual trabalhista, no sentido de um contrato de emprego padrão, caracteriza-se por uma limitação da autonomia da vontade “exclusivamente à adequação dos negócios previamente descritos na norma (...) [e] está prevista em quase todos os ordenamentos jurídicos”. O mesmo sentido sobre a tipicidade contratual, exposto por Coutinho, é desenvolvido pela jurista polonesa Agata Ludera-Ruszel (2016, p. 407), da Universidade de Rzeszow. Uma perspectiva civilista sobre a noção de tipos contratuais, que será útil para a compreensão dos contratos híbridos de trabalho, informa que os tipos “permitem apreender e entender com particular transparência as realidades designadas, discernir os nexos de sentido que as interligam, e intuir os pontos de vista valorativos e funcionais que lhes constituem o cerne” (VASCONCELOS, 1995, p. 45).

¹⁷⁶ A antiga redação exigia lacuna das normas trabalhistas e compatibilidade com elas. Veja-se: CLT, art. 8º, “Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. A nova redação, assim, expande a influência do direito civil sobre o direito trabalhista, ao excluir o requisito da compatibilidade, e limita o poder dos magistrados, como se pode ler nos parágrafos segundo e terceiro, também acrescidos pela contrarreforma trabalhista: “§ 2º. Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º. No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no

A principal fonte do direito comum, aplicável ao Direito do Trabalho no tema, é o artigo 104 do Código Civil¹⁷⁷, referente aos requisitos de validade e extensão do negócio jurídico. Nessa composição jurídica, são três elementos jurídico-formais: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei¹⁷⁸, aos quais deve ser acrescido o consentimento¹⁷⁹. Para Gomes e Gottschalk (1995, p. 158), a validade do contrato trabalhista deve distinguir pressupostos e requisitos¹⁸⁰. No primeiro grupo, encontram-se a capacidade das partes e a idoneidade do objeto; no segundo, o consenso e a causa¹⁸¹.

art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.”

¹⁷⁷ CC, art. 104:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

¹⁷⁸ A capacidade das partes se refere à aptidão da pessoa contratante para realizar negócios jurídicos. Uma pessoa capaz, com objetivo de regular seus interesses, pode fazê-lo mediante um contrato, desde que o objeto seja idôneo, lícito, possível e adequado aos fins dos contratantes. A idoneidade do objeto contratual “pode ser excluída por motivos técnicos ou razões de política legislativa e se apresenta em termos absolutos ou relativos” (GOMES, 2002, p. 46). São inidôneos, por exemplo, objetos

¹⁷⁹ Orlando Gomes (2002, p. 48) informa que se emprega a palavra consentimento em duas acepções: como acordo de vontades (como formação bilateral do negócio jurídico) e como declaração de vontade de cada uma das partes. Gomes e Gottschalk (1995, p. 163) destacam que “quase sempre o consentimento da parte que se obriga a trabalhar toma a forma de pura e simples *adesão*”. Uma definição estendida é fornecida por Cabanellas (1966): “Acción y efecto de consentir, del latín *consentire*, de *cum*, con, y *sentire*, sentir. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de voluntad, y uno de los requisitos exigidos por los códigos con carácter esencial para los contratos. De acuerdo con el art. 1.108. Cód. civ. francés (acordes con él los Códigos esp. y arg.) son cuatro los requisitos esenciales de todo contrato: capacidad, consentimiento, objeto y causa. El consentimiento es, por tanto, el acuerdo deliberado, consciente y libre de la voluntad, respecto a un acto externo, querido libre y espontaneamente, sin cortapisas que anulen o destruyan la voluntad, o sea sin vicios que la enerven. La inteligencia, como se ha dicho, delibera, la conciencia juzga, la voluntad resuelve. El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra (arts. 1144 y 1262 de los Cód. civ. arg. y esp.). El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumido, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad, o que las partes hubiesen estipulado que sus convenciones no fuesen obligatorias sino después de llenarse algunas formalidades” (art. 1.145 del Cód. civ. arg.). El consentimiento, para ser válido, debe ser libre y voluntario: se presume siempre voluntario y libre, mientras no se pruebe lo contrario, esto es, haber sido dado por error, o arrancado con violencia, u obtenido por dolo, engaño o ardid” (CABANELLAS, 1966). Leciona Maria Helena Diniz: (1995, p. 33): “(...) todo contrato requer o acordo de vontades das partes contratantes ou o consentimento que não constitui somente um requisito de validade, mas também um pressuposto de sua existência, de tal sorte que sem o mútuo consenso, expreso ou tácito, não haverá qualquer vínculo contratual”.

¹⁸⁰ Orlando Gomes (2002) diferencia pressupostos e requisitos do contrato com base no que seja externo e interno ao contrato: “Pressupostos são as condições sob as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato (Ferrara). (...) Todo contrato pressupõe: a) capacidade das partes; idoneidade do objeto; legitimação para realizá-lo” (GOMES, 2002, p. 45). São, portanto, extrínsecos ao contrato, no sentido de que não dependem da declaração de vontade para se configurarem ou não. Requisitos, por outro lado, são “considerados elementos intrínsecos indispensáveis à validade de qualquer contrato”.

¹⁸¹ Os autores, assim, excluem o elemento *forma* dos pressupostos de validade do contrato de trabalho, porque a forma só seria exigida, por exceção, no caso dos marítimos e do trabalho temporário (GOMES;

Especial detalhamento merece o objeto contratual. Como visto, tem-se como obscuro objeto do contrato de trabalho o corpo (SUPIOT, 2016) e, consequentemente, o tempo de vida e a privacidade da trabalhadora e do trabalhador, os quais, atravessados pela obrigação duradoura trabalhista, formam a identidade individual e coletiva da pessoa que trabalha. Esta identidade é protegida juridicamente, em três dimensões, que são, conforme já mencionado, os direitos da pessoa anteriores ao contrato, os direitos como trabalhador-contratante e os direitos creditórios contratuais (BALLESTRERO, 2010). A disponibilização do tempo e do corpo à contratação exigem entendê-los como idôneos e a idoneidade é medida pela sua licitude e moralidade¹⁸².

A idoneidade do objeto possui regulação diversa no Direito Civil e no Direito do Trabalho. Pois o conteúdo obrigacional do contrato não é estabelecido por trabalhadoras e trabalhadores, ao celebrarem contratos laborais. Em geral, no contrato, estes buscam a satisfação de seu interesse, qual seja, a percepção de salário com o objetivo de sobrevivência. Trata-se de observar a força normativa do princípio da primazia da realidade, a partir da análise do tema da validade contratual¹⁸³.

Considerar inidôneo o objeto do contrato de trabalho pode afastar o reconhecimento de um vínculo jurídico que se prolongue no tempo, para o futuro (efeito *ex nunc*¹⁸⁴ da nulidade), como a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social sobre uma relação de emprego, que o Direito não acolhe como tal. Não é razoável o enriquecimento ilícito do empregador ou a moralização de atividade de trabalho que tenha por consequência levá-la ao extremo do trabalho forçosamente gratuito.

Além de inidôneo, o objeto pode ser considerado “impossível juridicamente”. São os denominados trabalhos proibidos. A diferenciação entre trabalho ilícito, na

GOTTSCHALK, 1995, p. 158). Com a contrarreforma trabalhista, também passa a ser exigida uma forma de contratação lícita para os intermitentes, como se verá.

¹⁸² Sobre a idoneidade do objeto, desenvolvem Gomes e Gottschalk (1995, p. 161): “Há de ser lícito, em primeiro lugar, isto é, ter objeto admitido pela ordem jurídica, e produzir efeitos que não sejam contrários à lei. Seu objeto, ademais, não deve ser imoral, assim entendido o que fere os bons costumes. O contrato de trabalho que se realize para a satisfação de interesses indignos de tutela jurídica, porque repugnam os sentimentos da maioria de uma comunidade, por ter um fim torpe, carece dos pressupostos necessários à sua validade, pois inidôneo é o seu objeto. Necessário, porém, que seja imoral, por seu conteúdo, independentemente da intenção, isolada ou conjunta, das partes”.

¹⁸³ O conceito de validade do negócio jurídico se refere à sua compatibilidade com normas superiores no ordenamento jurídico. A validade formal se ocupa da competência da autoridade que realiza o ato e do devido processo na sua edição. A validade substancial cuida da compatibilidade do conteúdo da norma com as normas superiores.

¹⁸⁴ Efeitos jurídicos *ex nunc* são aqueles que não retroagem à declaração de nulidade. Em sentido contrário, efeitos *ex tunc* são aqueles que retroagem à declaração de nulidade. Por exemplo, se um objeto contratual de trabalho for considerado ilícito, terá efeitos *ex tunc* e, por retroagirem os efeitos da declaração de nulidade, não será reconhecido nenhum débito do empregador para com o empregado.

classificação tradicional denominado inidôneo, e trabalho proibido, decorrente de impossibilidade jurídica, pode ser ilustrada com as posições do Tribunal Superior do Trabalho sobre o auxiliar de enfermagem e o trabalhador no jogo do bicho, trabalhos ilícitos, em contraste à posição do TST sobre o policial militar que também trabalha para empresa privada, qualificado judicialmente como trabalho proibido.

Configuram contravenção penal o exercício irregular de profissão e explorar atividade de jogo do bicho¹⁸⁵. Assim, a pessoa atendente que trabalhe como auxiliar de enfermagem, se não possuir qualificação profissional formal para o desempenho da atividade de saúde, não poderá requerer equiparação salarial. É a posição do TST na Orientação Jurisprudencial 296¹⁸⁶. O trabalhador do jogo do bicho, também, não terá direito a nenhum tipo de efeito contratual¹⁸⁷. O trabalho ilícito, portanto, é aquele que não reconhece ao empregado nenhum tipo de direito trabalhista, por configurar crime ou contravenção.

Por outro lado, é possível que configure violação ao estatuto do policial militar participar de empresa privada. É o caso, por exemplo, da lei estadual relativa às atividades do policial militar do Rio Grande do Sul¹⁸⁸. Apesar da impossibilidade jurídica do desempenho da atividade em alguns estados, o Tribunal Superior do Trabalho reconhece direitos ao trabalhador policial, inclusive de constituição do vínculo de emprego¹⁸⁹. O trabalho proibido, por conseguinte, reconhece direitos aos trabalhadores, com base na ideia de que a impossibilidade jurídica deve ser suportada pelo empregador, e não pelo empregado.

Uma primeira aproximação a uma análise crítica da diferenciação estabelecida pela doutrina e pela jurisprudência, com base na aplicação subsidiária do Código Civil ao Direito do Trabalho, poderia reivindicar aplicação analógica do artigo 606 ao tema do exercício irregular de profissão. O dispositivo normativo estabelece que, no contrato

¹⁸⁵ A Lei de Contravenções Penais prevê a contravenção de exercício irregular de profissão no artigo 47 e de explorar ou realizar jogo do bicho no art. 58.

¹⁸⁶ TST, OJ 296: “Sendo regulamentada a profissão de auxiliar de enfermagem, cujo exercício pressupõe habilitação técnica, realizada pelo Conselho Regional de Enfermagem, impossível a equiparação salarial do simples atendente com o auxiliar de enfermagem”.

¹⁸⁷ TST, OJ 199: “É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico”.

¹⁸⁸ Lei Complementar Estadual 10.990/1997, art. 26: “Ao servidor militar da ativa é vedado participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil ou exercer comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário”.

¹⁸⁹ TST, Súmula 386: “Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto do Policial Militar”.

de prestação de serviços, se o trabalho exercido foi realizado por pessoa sem habilitação para tal, esta não poderá cobrar a retribuição normal, no entanto deverá receber compensação razoável, se de sua atividade derivar benefício para o tomador de serviços¹⁹⁰.

O Código Civil de 2002 impõe ao contrato de trabalho a observação da função social do contrato¹⁹¹, da boa-fé¹⁹² e da nulidade de cláusulas leoninas¹⁹³. A função social matiza o contrato com um caráter publicístico e, no Direito do Trabalho, são reconhecidas as funções sociais de distribuição de riqueza e de tutela da dignidade humana (FELICIANO, 2003, p. 272). Além disso, a função social é “ensejo e parâmetro legal-positivo para a operação do *princípio da razoabilidade* no Direito do Trabalho, com maior precisão e segurança, relegando a planos secundários focos nebulosos como a ‘compreensão intuitiva da razoabilidade’ (Holmes) ou a própria lógica cartesiana” (FELICIANO, 2003, p. 273).

A importância do princípio da boa-fé no Direito do Trabalho pode ser indicada na fiscalização da execução de contratos coletivos e na solução de problemas de direito individual de trabalho, como a responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade pelos consectários do contrato nulo, em casos de cooptação de trabalhador de boa-fé (CF, art. 37, §2º) (FELICIANO, 2003, p. 275).

¹⁹⁰ CC, art. 606: “Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé”. Ressalve-se que o parágrafo único do artigo contém previsão restritiva, que dificulta a aplicação da norma: “Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública”.

¹⁹¹ No Código Civil, pode-se observar o princípio em uma regra geral e também na flexibilização do direito proprietário, conforme artigos 421 e 1.228: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (...) Art. 1.228. (...) § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

¹⁹² Veja-se previsão no Código Civil e, após, descrição doutrinária. CC, arts. 113 e 422: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (...) Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. “Cumprir reconhecer, nesse passo, um princípio de boa-fé subjetiva (que equivale à ineficácia da reserva mental – art. 110 do NCC), ao lado de um princípio da boa-fé objetiva (relativo às legítimas expectativas de direito engendradas pelas circunstâncias objetivas e inculcadas no “bônus pater familiae”) e do próprio princípio da aparência (pelo qual a ‘aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, salvo particulares restrições legais’) (...)” (FELICIANO, 2003, p. 275).

¹⁹³ Esta técnica jurídica civil se aproxima à trabalhista. Por meio da anulação de cláusulas leoninas, ocorre a publicização dos contratos de adesão, reduz-se o escopo da autonomia privada, com objetivo de impedir ou tornar nulas cláusulas de renúncia antecipada de direitos, em contratos nos quais a autonomia privada não se expressa e, portanto, a renúncia de direitos configura uma vontade desprovida de liberdade e, portanto, fraudulenta.

Na tradição do Direito Civil Contemporâneo, Judith Martins-Costa (2018) indica que a boa-fé considera a assimetria entre os contratantes e tem um cunho protetivo ao trabalhador. Por isso, impõe deveres de proteção do trabalhador e deveres anexos de prestação:

Nas relações contratuais de emprego, há - em analogia às relações de consumo - assimetria presumida entre as partes contratantes, o que confere ao princípio da boa-fé um cunho protetivo ao trabalhador, impondo ao empregador 'deveres de proteção' aos bens jurídicos (extrapatrimoniais e patrimoniais) do trabalhador (e.g., cuidado, assistência, lealdade). Haverá, ainda, deveres anexos aos interesses de prestação, como, e.g., o de informar (para possibilitar a boa execução do trabalho contratado). E, com alguma analogia com o papel da boa-fé nas relações societárias, esta se apresenta sob o viés do dever de lealdade, dirigido a ambos os polos da relação (MARTINS-COSTA, 2018, p. 330).

Seria pertinente questionar, em especial quanto aos contratos clandestinos de trabalho, como no caso das trabalhadoras do sexo e dos trabalhadores do tráfico, sobre o motivo pelo qual a boa-fé não lhes imprime efeitos *ex nunc* e não possibilita a exigibilidade jurídica do pagamento devido pelo trabalho. Os *bons costumes* exigidos para a idoneidade do objeto se sobrepõem, hoje, à necessidade de proteção de bens indisponíveis, com os variados graus de exposição da intimidade e do risco corpóreo que comportam essas modalidades informais e estigmatizadas de trabalho, o que será examinado no tópico pertinente.

Como se analisará no Capítulo 3, uma das principais alterações da nova lei trabalhista foi a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT/1943) referente às contraturalidades atípicas ou híbridas. Trata-se de trazer para o regime jurídico celetista uma diversificação do objeto e dos tipos legais, desafiando a racionalidade tradicional no âmbito do justrabalhismo. A CLT prevê, em seu artigo 442: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. O dispositivo faz referência à relação de emprego constitucionalmente protegida (CRFB/1988, art. 7º, I), e se localiza no Título IV da CLT, denominado “Do contrato de individual de trabalho”.

Observar a CLT do ponto de vista da organização dos temas consolidados faz perceber que, antes do Título IV, apresentam-se as normas de ordem pública que se impõem à relação de emprego, no Título II (Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho) e no Título III (Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho). Apenas depois e como

último tópico concernente às relações individuais de trabalho¹⁹⁴, apresenta-se o Contrato Individual de Trabalho (Título IV), que será reconhecido inclusive em caso de *acordo tácito*. Não é ocasional a organização dos temas e é razoável sugerir que a realidade normativa prevalece sobre o direito prometido ou àquele que é formalizado por escrito.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1995) relatam que, muitas vezes, o texto normativo seguiu uma linha contratualista, mas “(...) deixou-se o consolidador empolgar, contraditoriamente, por ideias anticontratualistas, de inspiração institucional, seriando a matéria consolidada a partir das normas gerais de tutela do trabalho” (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 41). Elucidativo a esse respeito são os raciocínios registrados na Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho, assinada pelo então Ministro do Trabalho Alexandre Marcondes Machado Filho (1948), nos seus itens n. 17, 18, 28, 30, 44, 45:

17. A **estrutura da Consolidação e a ordenada distribuição** das matérias que lhe compõem o texto **evidenciam** claramente não só um plano lógico como também um **pensamento doutrinário**.

18. A sucessiva disposição das matérias, nos Títulos e Capítulos, corresponde a uma racional precedência. (...)

28. Em relação aos **contratos de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das “normas” de tutela sobre os “contratos” acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista**. (...)

30. Ressaltar essa expressão peculiar constituiria certamente uma conformação com a realidade e com a filosofia do novo Direito, **justificando-se assim a ênfase inicial atribuída à enumeração das normas de proteção ao trabalho, para somente em seguida ser referido o contrato individual**. (...)

44. O que os objetantes não alcançaram foi o deliberado propósito de se **reconhecer a correspondência e equivalência entre a “relação de emprego” e o “contrato individual do trabalho”**, para os efeitos da legislação social, correspondência essa que a escola contratualista italiana nega, exigindo a expressa pactuação.

45. Na concepção do projeto, **admitido, como fundamento de contrato, o acordo tácito, é lógico que a “relação de emprego” constitui o ato jurídico suficiente para provocar a objetivação das medidas tutelares** que se contêm no direito do trabalho em vigor (MACHADO FILHO, 1948, p. 04 a 07, grifos nossos).

A Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho assume, portanto, a concepção segundo a qual existe equivalência entre “relação de emprego” e “contrato de trabalho”. O raciocínio antes apresentado se confirma e o princípio da

¹⁹⁴ Os títulos seguintes tratam de temas como Direito Coletivo do Trabalho, Processo do Trabalho e fiscalização do trabalho.

primazia da realidade ou contrato-realidade, como exposto por Plá Rodriguez (2015, p. 339), é uma escolha fundamental daqueles que organizaram a CLT.

Há apenas um regime jurídico na Consolidação das Leis do Trabalho, o regime jurídico do emprego. Nesse sentido, posicionam-se Pinto Rodrigues (2005, p. 525) e Arnaldo Süssekind (2017b, p. 222), para quem que é incontroverso que as relações de emprego serão reguladas pela CLT e pela legislação complementar, ao passo que as relações de trabalho serão reguladas pela legislação civil ou em lei especial.

Também revela sentido denso para a compreensão do contrato de trabalho o item n. 53, no qual se detalham aspectos sobre a localização topográfica das normas jurídicas da CLT, o conceito de relação de emprego, a igualdade salarial e a irrenunciabilidade de direitos como princípio de ordem pública¹⁹⁵. O texto, assinado por Machado Filho (1948), é resultante de elaboração por comissão, na qual tiveram grande peso as “Avocatórias” de Oliveira Vianna e Oscar Saraiva, como esclareceu Süssekind em entrevista a Magda Barros Biavaschi (2005; 2006; 2018)¹⁹⁶. Em pesquisa junto às *Revistas do Trabalho*, na qual juristas discutiam os grandes temas da área¹⁹⁷,

¹⁹⁵ “53. Na introdução, aperfeiçoou a redação dos artigos; inseriu a definição de empregador, que integra o conceito definitivo da relação de emprego, acompanhando-a da noção legal de empregadora única dada pela Lei n. 435, de 17 de maio de 1937; removeu, outrossim, para o Capítulo pertinente, a declaração da igualdade de salário por trabalho do mesmo valor sem distinção de sexo. Foi, por outro lado, suprimida a afirmação concernente à proibição da renúncia de direitos, que entendeu a Comissão ser elementar do princípio de ordem pública, mediante o qual são nulos os atos praticados no intuito de excluir a eficácia da legislação social” (MACHADO FILHO, 1948, p. 06 e 07).

¹⁹⁶ Evaristo Moraes Filho explica o direito de advocatória: “À época, desde a criação do Ministério até 1º de maio de 1941, quando da instalação da Justiça do Trabalho, cabia ao Ministro o chamado direito de advocatória, que consistia poder essa autoridade avocar para si, de ofício ou mediante recurso voluntário da parte, qualquer processo de Junta de Conciliação e Julgamento (criadas em novembro de 1932), desde que, na sentença, houvesse violação da lei ou flagrante parcialidade do juiz (*sic*). Além disso, era o Ministro a última instância de qualquer recurso administrativo, de qualquer matéria, na sua Pasta” (MORAES FILHO, 2003, p. 318 e 319). Biavaschi (2018, p. 30) descreve da seguinte forma: “O Decreto n. 22. 132, de 25 de novembro de 1932, criou as Juntas de Conciliação e Julgamento para conflitos individuais. Para os coletivos, o Decreto n. 21.396, de 12 de maio de 1932, previu as Comissões Mistas de Conciliação. As decisões das Juntas eram proferidas em instância única. Mas o Ministro do Trabalho poderia avocar qualquer processo com decisões de há menos de seis meses, a requerimento, em face de parcialidade do julgado ou violação expressa de direito. É a ‘Avocatória’”.

¹⁹⁷ Em comentário referente ao motivo pelo qual as *Revistas do Trabalho* se constituem como fonte material do Direito do Trabalho, afirma Biavaschi (2006, p. 36): “Mas se o ponto de partida para se chegar às fontes materiais do Direito do Trabalho foram as entrevistas com Arnaldo Süssekind, a chave de acesso a elas foram as publicações oficiais e oficiosas do período, em especial os periódicos da Revista do Trabalho, locus estrategicamente propulsor do novo Direito social, e os processos judiciais oriundos das antigas Juntas de Conciliação e Julgamento de São Jerônimo, Rio Grande e Porto Alegre, do final da década de 1930 ou início da década de 1940, antes, portanto, da CLT. O olhar debruçado sobre essas fontes primárias encontrou grandes juristas, muitos deles presentes em pareceres exarados nos pleitos judiciais. Eram homens que tinham em comum a luta pelas reformas sociais, dentre eles, inicialmente: Evaristo de Moraes, Joaquim Pimenta, Agripino Nazareth, Deodato Maia, defensores da intervenção do Estado nas relações sociais e de uma legislação protetora dos trabalhadores”.

esclareceram-se as fontes materiais juslaborais brasileiras à época¹⁹⁸ e também os principais debates que antecederam o documento acima transcrito.

Segundo Biavaschi (2005, p. 161), é possível realizar dois recortes temporais significativos na análise documental das Revistas do Trabalho. No primeiro (1934 e 1935), são narradas experiências internacionais do Direito do Trabalho e há corte político-ideológico dos debates, como referência e estímulo para o juslaboralismo brasileiro. No segundo (1941 e 1942), percebe-se uma ausência de manifestações político-ideológicas, com foco em temas teóricos do Direito do Trabalho: nomenclatura, contrato de trabalho, alterações contratuais, doenças do trabalho, Justiça do Trabalho etc.

A astúcia do capital, no lapso temporal de larga duração entre a CLT e a Constituição Federal, consistiu em esvaziar o objetivo protetivo da tipicidade contratual e tornar normalizada a situação em que a informalidade e a diversificação contratuais são regra no mundo do trabalho brasileiro.

Alguns autores discordariam dessa perspectiva, para afirmar que a incidência da proteção social decorrente do vínculo empregatício cria uma categoria “premium” de trabalhadores, por garantir direitos na CLT. Nas palavras de Luciana Luk-Tai Yeung (2017, p. 909), “(...) afora a análise política e sociológica, pode-se ainda dizer que, em termos econômicos, o conjunto de leis trabalhistas criadas por Vargas teve como consequência a criação de um clube exclusivo ou uma elite de trabalhadores. Este ‘clube’ inclui aqueles amparados pelas leis formais, mas exclui todos os outros”.

Para dar seguimento ao seu argumento, a autora afirma que “(...) existem, na verdade, dois grupos bastante distintos de trabalhadores no Brasil: os protegidos pelo clube exclusivo, a classe premium, e os não-protegidos, os informais ou semi-formais” (YEUNG, 2017, p. 909). Não é muito distante a compreensão de que existe uma “classe média”, que se forma a partir da expansão do vínculo formal de emprego no segundo governo Lula (2006–). Pochmann (2012, p. 27) demonstrou, em contrapartida, que a maior parte dos 21 milhões de postos de trabalho gerados na década de 2000 foi

¹⁹⁸ “[Em entrevista à pesquisadora, Süsskind informou] as principais fontes materiais da CLT: 1) os pareceres de Oliveira Viana e de Oscar Saraiva, este membro da comissão que a elaborou na fase do anteprojeto e, depois, deslocado pelo Getúlio para a comissão de Previdência, que não participou da redação final; 2) o 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, organizado por Cesarino Júnior, Professor de Direito Social, em homenagem ao aniversário de 50 anos da Encíclica do Papa Leão XIII, a *Rerum Novarum*; 3) as convenções e recomendações da OIT; e 4) a própria *Rerum Novarum*” (BIAVASCHI, 2018, p. 30).

composta por trabalhadores de salário de base. Nessa faixa de renda, até 1,5 salário mínimo, encontravam-se 94,8% dos postos de trabalho criados.

A compreensão da existência de diferentes interpretações sobre o que seja a proteção social ajuda a percorrer os caminhos ofertados pela literatura especializada a respeito dos sujeitos do contrato de trabalho, cujas metamorfoses são ligadas à nova situação política brasileira, inaugurada em junho de 2013, como será analisado no segundo capítulo¹⁹⁹.

Observar a insuficiência da tipicidade contratual para a compreensão da parcela precarizada da classe trabalhadora no país envolve o debate sobre o fim da centralidade do trabalho na vida social. A refutação a essa tese, realizada pela sociologia e economia do trabalho brasileiras, não desconsidera o contexto do salto tecnológico da década de 1980, dado pela automação, robótica e microeletrônica²⁰⁰.

Pelo contrário, afirma-se uma nova morfologia do trabalho, na terminologia de Antunes (2011), na qual se expressa não uma nova classe trabalhadora, mas a mesma classe trabalhadora, no interior de uma “(...) processualidade contraditória e multiforme. Complexificou-se, fragmentou-se e heterogeneizou-se ainda mais a *classe-que-vive-do-trabalho*” (ANTUNES, 2011, p. 58). Da mesma forma, a categoria precariado, como formulada por Ruy Braga, não corresponde a uma condição exterior à relação salarial, mas sim a uma “(...) parte da classe trabalhadora em **permanente trânsito** entre a possibilidade de exclusão socioeconômica e o aprofundamento da exploração econômica)” (BRAGA, 2012, p. 16, grifos nossos).

¹⁹⁹ Nos debates realizados, a composição social da classe trabalhadora é tema relevante e que divide análises, como sintetiza André Singer (2018, p. 108): “(...) há dois pontos de vista sobre a composição social das ruas. Um identificou extração predominante da classe média tradicional, enquanto o segundo identificou a presença da nova classe trabalhadora ou precariado”.

²⁰⁰ Na polêmica que se instaurou a respeito das mudanças do capitalismo, das quais Gorz e Habermas concluíram que o trabalho perdia a centralidade, destacam-se as refutações realizadas por Antunes (2011) e Carleial (2010). A caracterização de Bihr (2011, p. 12) sobre o debate resume nossa posição: “Nestas condições, a ideia que ele [Antunes] faz predominar, não é aquele de um ‘fim do trabalho’, mas a de uma fragmentação e de heterogeneização do mundo do trabalho e, por consequência, dos trabalhadores. Em suma, à ideologia do ‘fim do trabalho’ Ricardo Antunes apresenta uma refutação sem dúvida definitiva, demonstrando que ela repousa sobre uma confusão entre o trabalho concreto e o trabalho abstrato (o que nos remete, mais uma vez, a Marx). Se se pode falar de ‘fim do trabalho’, não é no sentido do fim do trabalho concreto, do fim da apropriação social da natureza, que, como dimensão antropológica fundamental, como instituição da norma social e da linguagem, é destinada a ser aquilo que sempre foi: a base sobre a qual se edifica a vida social. Justamente se pode considerar que, à medida que a produtividade do trabalho cresce no ritmo da acumulação dos meios sociais de produção, diminui a parte do ‘trabalho concreto’ na vida dos seres humano. Mas é também isto que permite distinguir, nas mutações em curso, as premissas do fim do ‘trabalho abstrato’, do trabalho reduzido à substância do valor, submetido, então, a abstração mercantil e monetária (...)”.

Como desenvolve Antunes (1988, p. 102, grifos do autor), “(...) a objetivação do capitalismo no Brasil, pela *via colonial*, deu-se segundo uma trajetória distinta, tanto dos países que percorreram a *via clássica*, quanto daqueles que seguiram a *via prussiana* ou *tardia*”. Hipertardia, retardatária, subordinada ao capitalismo monopolista, a industrialização brasileira tem ainda outra característica fundamental:

(...) o processo de industrialização nasce dentro de um contexto onde predomina a grande indústria, entendida aqui como o ‘organismo de produção inteiramente objetivo que o trabalhador encontra pronto e acabado como condição material de produção’ e onde a mecanização e a coletivização do trabalho substituem o trabalho manual, individualizado ou parcelar das formas anteriores. Em outros termos, da acumulação mercantil fundada na economia agroexportadora cafeeira transita-se lentamente para um processo de acumulação centrado na grande indústria, com relativo grau de mecanização, onde a máquina foi introduzida antes mesmo que o trabalho artesanal individual, aqui praticamente inexistente, e o trabalho manufatureiro, efetivando a subordinação real do trabalho ao capital (ANTUNES, 1988, p. 103).

A industrialização e a urbanização são parte da consolidação do capitalismo brasileiro, que se constrói com base na tutela estatal do conflito de classe e no aprofundamento das relações sociais de produção já existentes. Para Francisco de Oliveira (2003, p. 09), o século XX é marcado por um esforço de normatividade, cujo objetivo principal era tornar estabelecida a relação capital-trabalho. O Estado deveria ser utilizado de forma indutiva, inclusive como substituto do mercado, por meio de uma noção de planejamento que buscasse modificar a relação entre as classes, intervir diretamente nela:

(...) na maior parte das vezes almejando-se ingenuamente a supressão do conflito – para uma nova divisão social do trabalho e novas relações de classe. Numa palavra, ainda que com métodos excepcionais, tais relações tinham como norte paradigmático enquadrar a exceção e transformá-la em norma. (...) Mas tais transformações e seus métodos não lograram normatizar o excepcional, enquadrando a exceção. Parafraseando uma frase de Paul Baran, dita há muito tempo, não foi o planejamento que enquadrou a exceção, mas foi **a exceção que enquadrou o planejamento**. (OLIVEIRA, 2003, p. 09, *grifos nossos*)

O novo rumo do capitalismo, a partir dos anos 1980, é caracterizado pelo aumento da liberdade empresarial, “(...) de iniciativa, de comprar e vender, de empregar e demitir trabalhadores, de comprar filiais e fazer fusões etc.” (DUMÉNIL; LÉVY, 2004, p. 13). O neoliberalismo, assim, postula-se como uma teoria e uma realidade, em que a normatividade do Estado sobre os contratos de trabalho se concretiza de forma

diferenciada, com diminuição de direitos do trabalho e reforço do poder estatal. O objetivo da ordem neoliberal, descrito por Duménil e Lévy (2004, p. 17), é “(...) a restauração da renda e do patrimônio das frações superiores das classes dominantes”, com a financeirização e a mundialização financeira²⁰¹.

Observar o impacto da financeirização sobre o Brasil e o contrato de trabalho perpassa observar as dinâmicas do mundo do trabalho brasileiro e das alterações legislativas referentes à contratualidade juslaboral.

Uma visão consistente sobre os indicadores do mundo do trabalho, no Brasil, é oferecida por Pochmann (2012). Na década de 1980, como demonstrou o autor, a economia brasileira ingressa em longa fase de baixo dinamismo nas atividades produtivas. O resultado foi uma maior distância entre aumento da população economicamente ativa (PEA) e a expansão do emprego, com consequente aumento do desemprego (POCHMANN, 2012, p. 25).

Na década de 1990, foram criados 11 milhões de novos postos de trabalho, mas mais da metade deles, 53,6%, não previam remuneração. Instituiu-se novo padrão de trabalho, com redução de cerca de 260 mil postos de emprego, e crescimento das ocupações por conta própria, em alternativa ao assalariamento (POCHMANN, 2012, p. 38).

Neste período e ao começo dos anos 2000, um conjunto de dispositivos normativos marca uma tendência contrária à tipicidade contratual no país, como a Lei de Cooperativas de Trabalho (Lei 8.949/1994), a proibição de reajustes salariais com base na inflação (Lei 10.192/2001), o afastamento do vínculo de emprego em campanhas eleitorais (Lei 9.504/1997), a instituição do “contrato provisório” (Lei

²⁰¹ Os autores destacam que a importância da separação entre propriedade e gestão no capitalismo financeirizado, obra das frações superiores das classes capitalistas: “(...) a propriedade dos meios de produção por esses grupos sociais se exprime através da detenção de ações, isto é, de títulos; eles são, de igual modo, os credores, pois possuem os títulos de crédito que lhes dão direito sobre uma parte dos lucros das empresas. Esta propriedade tem, portanto, um caráter financeiro. (...) O fato da gestão das empresas passar às mãos de assalariados poderia ter significado uma perda de poder dos proprietários ‘financeiros’, contudo, o poder deste proprietário se concentrou, desde o início, nas poderosas instituições financeiras, como os bancos, os *holdings* financeiros e fundos diversos (de pensão, para o financiamento de aposentadorias ou de outra natureza). Chamamos *finança* estas frações superiores das classes capitalistas e suas instituições financeiras. Não se trata de uma atividade particular, como um banco. No capitalismo moderno, a classe dos grandes proprietários do capital é relativamente unida, possui partes de todos os setores da economia (por meio de seus títulos) e os controla (através de suas instituições financeiras). Isto não impede que as propriamente financeiras e o setor financeiro tenham adquirido, no neoliberalismo, uma maior importância. Por um lado, tais atividades tornaram-se muito mais rentáveis e, por outro, o controle das economias nacional e mundial pelas instituições financeiras é crucial na manutenção e perpetuação da ordem neoliberal. Por tais razões é que falamos de bom grado em financeirização e mundialização financeira” (DUMÉNIL; LÉVY, 2004, p. 14).

9.601/1998), a flexibilização da jornada de trabalho, por meio do “banco de horas” (Lei 9.601/1998), o contrato de trabalho a tempo parcial (Medida Provisória 2.164-41/2001) e a derrogação da natureza salarial de diversas verbas trabalhistas (Lei 10.101/2000 e Lei 10.243/2001).

Essa tendência de modificação da contratualidade típica, no sentido de esvaziamento da imposição de normas de ordem pública ao contrato de trabalho, não foi revertida nos governos do Partido dos Trabalhadores, a partir de 2002. Como caracteriza Souto Maior (2014, p. 04; 2017, p. 408), manteve-se a mesma lógica, ainda que em menor intensidade²⁰², inclusive com constituição de Comissão para uma “faxina” da CLT²⁰³. No âmbito dos tribunais, conviveram a ampliação da competência Justiça do Trabalho e a redução da eficácia protetiva de seus institutos²⁰⁴.

No período dos governos Lula e Dilma, aumentaram os postos de trabalho com vínculo contratual empregatício clássico, em postos de trabalho de baixa renda, e também os vínculos precários, o que se pode exemplificar com o caso da terceirização. Entre 2000 e 2013, na indústria do petróleo: “(...) o número de terceirizados cresceu 631,8%, enquanto os funcionários próprios (contratados em regime de CLT) aumentaram em 121%” (ANTUNES, 2018, p. 158). Abaixo, disponibiliza-se tabela elaborada por nós, a partir de dados de Antunes e de pesquisa realizada pela CUT e pelo DIEESE a respeito do tema.

Tabela 1 - Aumento de contratos terceirizados nos governos Lula e Dilma

Atividade econômica e período observado	Aumento de terceirizados	Aumento de contratados diretos
--	---------------------------------	---------------------------------------

²⁰² Nesse período, o Poder Executivo e o Poder Judiciário consolidaram o aumento do tempo para a aposentadoria (EC n. 41/03), a taxação dos inativos (ADIs 3105 e 3128) e a retirada do caráter privilegiado dos créditos trabalhistas quando em hipótese de recuperação judicial (Lei 11.101/05).

²⁰³ “O Ministério do Trabalho inaugurou, em fevereiro de 2004, um movimento de ‘faxina’ da CLT, como se a CLT contivesse disposições que seriam autênticos lixos. Criou-se um Conselho responsável por colocar em discussão a legislação social, o que, por si, permitiu que a legislação trabalhista fosse, mais uma vez, alvo de muitos ataques. Pautou-se uma reforma sindical, que, partindo do pressuposto de que a reforma fortaleceria os sindicatos, retomava a idéia do negociado sobre o legislado” (SOUTO MAIOR, 2014, p. 04 e 05).

²⁰⁴ “Do ponto de vista dos direitos e obrigações, as interpretações e aplicações das normas primavam pelo pressuposto da necessária melhoria da condição social do trabalhador. A jurisprudência refletia tal pensamento. Mas, desde os anos 60, com intensificação nas décadas seguintes, o Direito do Trabalho caminhou em sentido contrário. Inúmeros foram os institutos jurídicos cuja eficácia protecionista foi diminuída: limitação da jornada de trabalho; intermediação de mão-de-obra; natureza salarial da parcela paga; contratos a tempo parcial; proteção contra dispensa, com reflexos na via processual (comissões de conciliação prévia e arbitragem de conflitos individuais trabalhistas)” (SOUTO MAIOR, 2008, p. 162).

Indústria do petróleo (2000–2013)	631,8%	121%
Setor elétrico (2003–2012)	199%	11%
Petroquímicos (2009–2012), exemplo “empresa Bayer”	128%	15%
Petroquímicos (2009–2012), exemplo “empresa Braskem”	157%	43%

Fonte: ANTUNES, 2018, p. 158; CUT-DIEESE, 2014.

Nos dados sistematizados por Antunes (2018, p. 158 e 159), verificam-se diferenças salariais, de padrões assédio na gestão do meio ambiente de trabalho, de rotatividade entre postos de trabalho, de benefícios e acidentes de trabalho, entre outros, em apenas um sentido: em todos os temas, os terceirizados são prejudicados em relação aos contratados diretamente. O crescimento dos postos de trabalho terceirizados representa indubitavelmente um movimento de precarização do trabalho, no sentido de crescimento de uma modalidade contratual que expõe de maneira acentuada a condições de vida com maior insegurança e vulnerabilidade.

Apesar disso, não se podem analisar os dados como se o governo houvesse apenas realizado um movimento de precarização do trabalho, pois houve também uma forte formalização de empregos de baixa renda durante os governos petistas; em especial, no segundo governo Lula. O movimento de formalização do trabalho nos governos petistas é destacado por um conjunto de autores que defende a perspectiva do crescimento da classe média no período. Singer sugere como autor paradigmático do debate sobre a classe média Waldir Quadros, para quem “deve-se considerar que o lulismo possibilitou a cerca de 30 milhões passarem da ‘Massa Trabalhadora’ para a ‘Baixa Classe Média’” (SINGER, 2018, p. 86).

A classificação de Quadros segue cinco níveis, de Alta Classe Média até Miseráveis, que se diferenciam dos “pobres” conforme nível de escolaridade e renda (SINGER, 2018, p. 80 e 81). Singer critica a classificação de Quadros, ao afirmar que o mais correto seria identificar a “nova classe média” como uma “camada *intermediária*, porque sob ela há outra, que é o subproletariado. Mas essa camada intermediária não

tem a estabilidade, a escolaridade, a renda e a inserção profissional que caracterizam a classe média propriamente dita” (SINGER, 2018, p. 93).

Uma outra interpretação é oferecida por Pochmann (2012), segundo a qual o que cresceu no período foram postos de trabalho que constituem “a base da pirâmide social”²⁰⁵. Sua relevância se evidenciava pela soma de 47,8% da força de trabalho ocupada e 24,5% das remunerações do país, no ano de 2009²⁰⁶. No interior da classe trabalhadora, configurava-se como fração relevante, com características que explicam o modelo de expansão macroeconômica do país²⁰⁷.

Carleial (2012, p. 21) registra que o Brasil crescia a 6,5% ao ano, durante a crise de 2008, e que a década 2000–2010 foi marcada pela criação de 18 milhões de postos de trabalho formais, entre trabalhadores com CTPS ou com vínculo estatutário. A redução de desemprego no período foi de 10% para 7,3%, com melhora do índice gini, que mede a desigualdade de renda do trabalho²⁰⁸.

A evolução da ocupação na base da pirâmide social pode ser analisada por vários ângulos. Do ponto de vista de seu crescimento, foi em 2,4 superior ao conjunto de todos os postos de trabalho na década de 2000²⁰⁹. Do ponto de vista de gênero, foi predominantemente feminina, o que reverteu a lógica da década de 1980²¹⁰. Do ponto

²⁰⁵ Parte dos dados de Pochmann (2012), revisitados neste momento da pesquisa, foram analisados em Dissertação de Mestrado em Direito, sobre o aumento do trabalho autônomo e do cooperativismo como expressão de consolidação de uma “autonomia precária” no mundo do trabalho brasileiro (MELLO, 2015).

²⁰⁶ “Em 2009, por exemplo, os ocupados com até 1,5 salário mínimo absorviam 24,5% do total da remuneração do trabalho no país, ao passo que, em 1989, recebiam 22,3% do conjunto dos rendimentos” (POCHMANN, 2012, p. 29).

²⁰⁷ Pochmann refuta a ideia de que esse setor configure uma “nova classe média”. Nomina-o, em contraposição, de “trabalhadores pobres”. “Em conformidade com a literatura internacional, esse segmento social deveria ser mais bem considerado na categoria analítica de *working poor* (trabalhadores pobres), pois se trata fundamentalmente de ocupados de salário de base. A sua presença, em maior ou menor expressão, revela o padrão de trabalho existente e, conseqüentemente, o modelo de expansão macroeconômica do país” (POCHMANN, 2012, p. 30).

²⁰⁸ A autora ressalva um aspecto relevante a respeito deste indicador, pela sua redação ao aspecto da renda do trabalho (CARLEIAL, 2012, p. 23).

²⁰⁹ As ocupações de até 1,5 salário mínimo cresceram no ritmo de 6,2% ao ano, “o que equivaleu ao ritmo 2,4 vezes maior que o conjunto de todos os postos de trabalho (2,6%)” (POCHMANN, 2012, p. 31).

²¹⁰ Duas citações de Pochmann ilustram a situação das mulheres na base da pirâmide social: (a) “Na década de 2000, por exemplo, quase 60% das ocupações geradas absorveram mulheres. Durante os anos 1990, o emprego feminino respondeu por dois terços do total dos postos de trabalho gerados, ao passo que, na década de 1980, eram as ocupações masculinas que predominavam” (POCHMANN, 2012, p. 32); e (b) “No quesito gênero sexual, a composição dos ocupados de salário de base segue modificando-se com o passar dos anos, tendo em vista que a presença feminina no total dos ocupados de baixa remuneração tem sido crescente. Em 2009, por exemplo, a cada dois ocupados de salário de base, um é mulher, ao passo que, em 1979, o sexo feminino representava apenas um terço dos trabalhadores de reduzida remuneração” (POCHMANN, 2012, p. 41).

de vista étnico-racial, as ocupações geradas foram predominantemente voltadas à população não-branca, o que mantém a lógica anterior, com nuances.

Com o aumento significativo do número total de ocupações geradas, modificou-se a composição geral étnico-racial, com a população não branca passando de 49,2% (1989) para 57,3% (2009) do total das ocupações de baixa renda²¹¹. Do universo de trabalhadores de salário de base, 75% eram assalariados. Destes, dois terços possuíam carteira assinada. Isso porque, “(...) para cada grupo de dez ocupações abertas para trabalhadores de salário de base, sete foram de empregos formais, e a cada vaga aberta de emprego assalariado informal, três outras eram criadas para o trabalho com carteira assinada” (POCHMANN, 2012, p. 38).

A análise do período anterior à contrarreforma trabalhista, portanto, revela que existia um universo de 30% de ocupações geradas sem carteira assinada. Isto é, sem contratualidade típica, ao menos no formato clássico, que exigiria a garantia de direitos sociais. No interior dessas vagas, verificava-se a geração de trabalho autônomo²¹², como importante fenômeno da base da pirâmide social brasileira.

Em uma proporção entre o trabalho “sem formas” e o trabalho formal, é possível observar uma leve e constante diminuição do trabalho informal, em relação ao trabalho formal. Com base em índice sobre grau de informalidade elaborado pelo IPEA²¹³, Carleial (2012, p. 26) demonstra como a informalidade diminuiu progressivamente entre 2001–2011, de 55,1% para 45,4% , respectivamente.

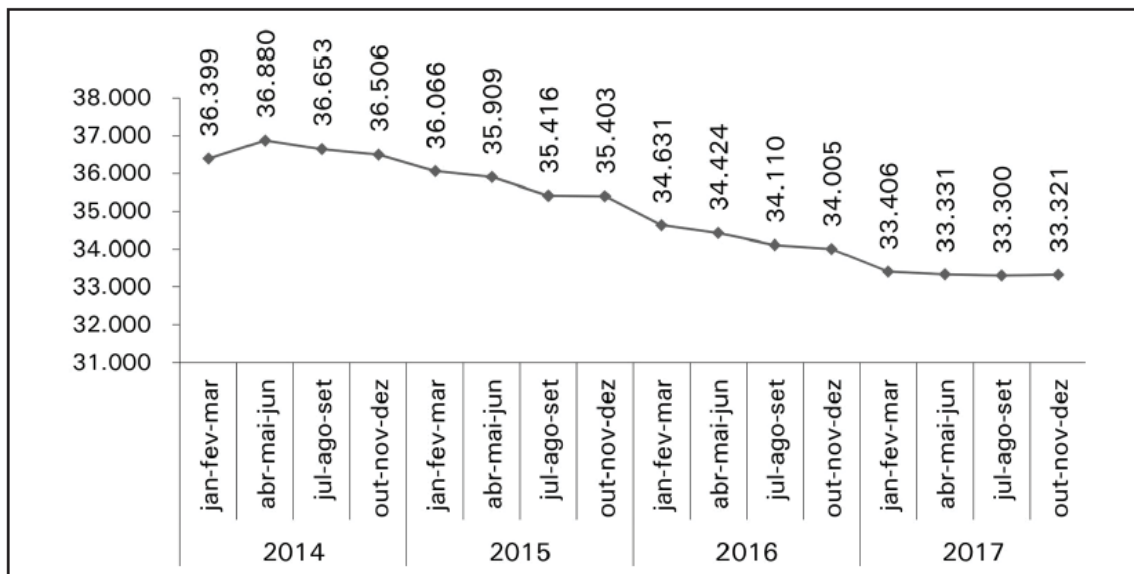
No período anterior à contrarreforma, ao menos desde meados de 2014, observaram-se doze quedas trimestrais consecutivas do número de empregados com carteira assinada, como mostraram Vitor Filgueiras, Bruna Bispo e Pablo Coutinho (2018):

²¹¹ Nos anos 1990, 20,1% das ocupações geradas para trabalhadores de salário de base o era para brancos, ao passo que 79,9% era gerada para brancos. Nos anos 2000, 22,8% das ocupações geradas foram destinadas a não-brancos, contra 77,2% destinadas a brancos (POCHMANN, 2012, p. 36). “(...) em relação à composição dos trabalhadores de salário de base segundo raça/etnia, percebe-se a passagem para a condição de maioria dos ocupados não brancos. Em 2009, trabalhadores não brancos eram mais de 57% do total da ocupação de baixa remuneração, ao passo que, em 1979, eram menos de 50%” (POCHMANN, 2012, pp. 41 e 42).

²¹² Ocupações autônomas, para Pochmann (2012, p. 69), são aquelas “que, em geral, são desempenhadas por natureza própria, sem subordinação e nem sempre com a presença de algum meio de produção, pois isso seria próprio das atividades de empregadores”.

²¹³ “O grau de informalidade é definido aqui como a soma de trabalhadores por conta própria e sem carteira de trabalho assinada dividida pela soma dos trabalhadores por conta própria, sem carteira, com carteira, estatutários e militares” (CARLEIAL, 2012, p. 26).

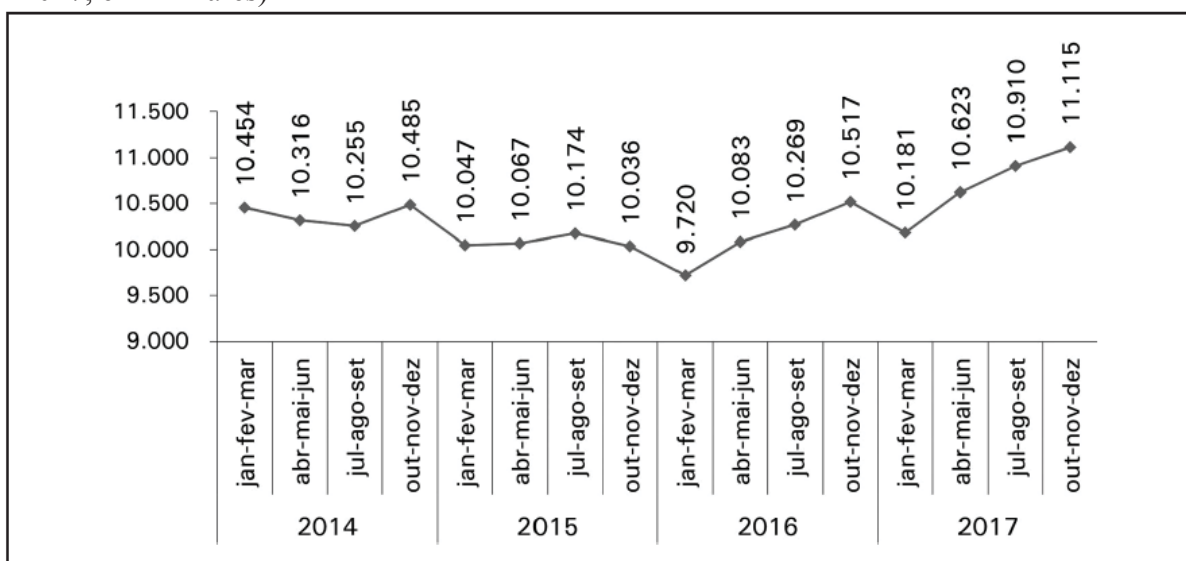
Figura 1 - Pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência como empregado no setor privado com CTPS assinada (2014-2017, em milhares)



Fonte: FILGUEIRAS; BISPO; COUTINHO, 2018, p. 145.

Com base nesses dados, os autores afirmam que a reforma trabalhista confirma, e não inaugura, tendências já presentes no trabalho brasileiro. Outra figura ilustra tendências do mundo do trabalho brasileiro. Apesar do decréscimo entre 2014 e 2016, a partir deste ano se observa forte crescimento de postos de trabalho sem a proteção legal do contrato típico:

Figura 2 - Pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência como empregado no setor privado sem carteira de trabalho assinada (2014-2017, em milhares)



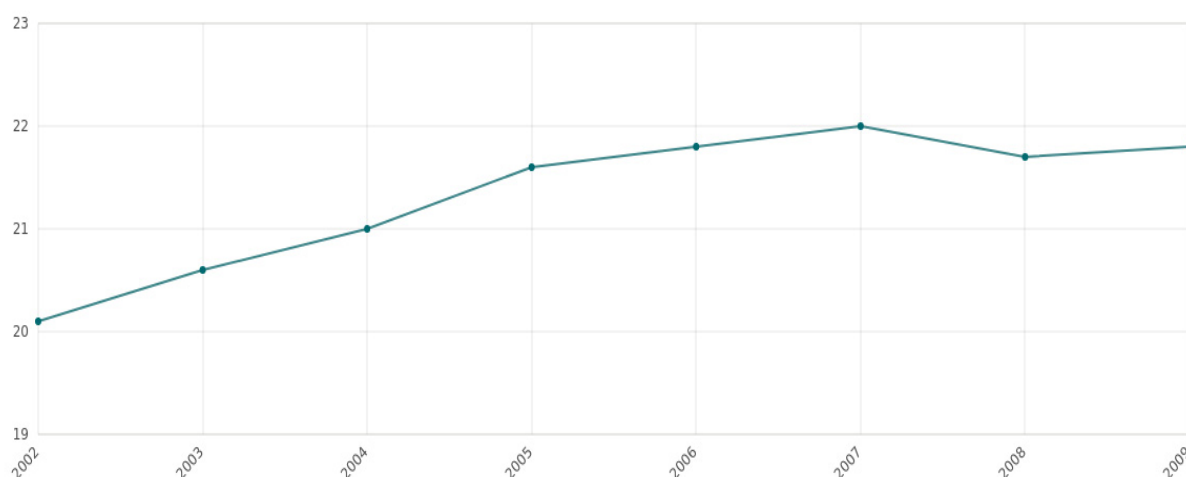
Fonte: FILGUEIRAS; BISPO; COUTINHO, 2018, p. 146.

Os autores registram que o trabalho por conta própria, desde 2012, também registra alta constante, de 20.449 milhões de pessoas para 22.683 milhões de pessoas (FILGUEIRAS; BISPO; COUTINHO, 2018, p. 147). A essa informação é pertinente acrescentar os indicadores disponibilizados por Pochmann (2012, p. 78), segundo os quais eram 17.429 milhões de autônomos no ano 2000 e, significativamente, o número cresceu ao longo da década, chegando a 22.862 milhões em 2009.

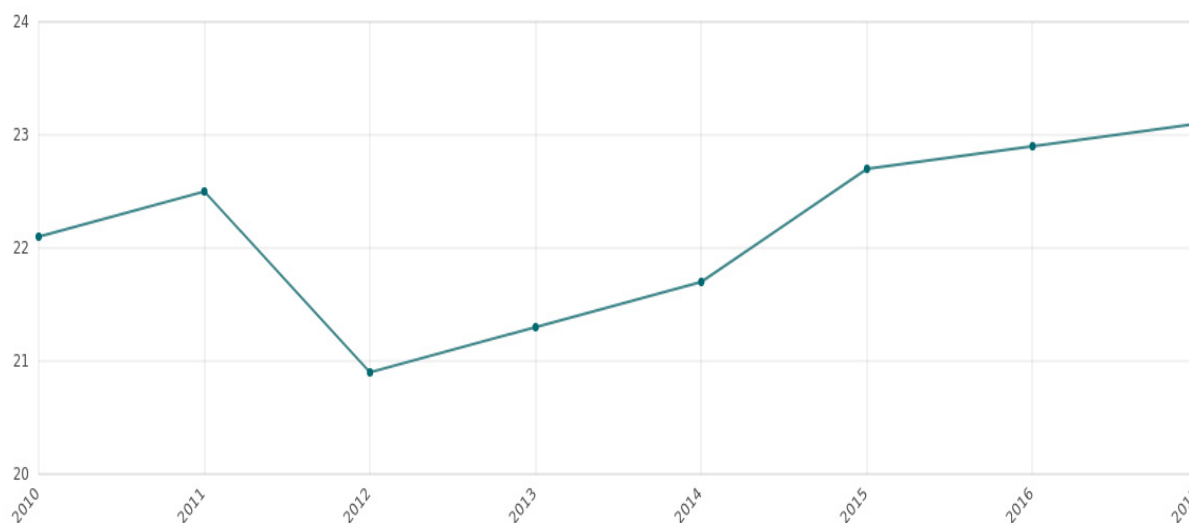
Em escala global, observa-se tendência de crescimento do trabalho por conta própria, desigual regionalmente. Entre 2013 e 2017, os países em desenvolvimento registraram crescimento de 130,9 milhões para 148,3 milhões trabalhadoras e trabalhadores por conta própria. No mesmo período, os países desenvolvidos também avançaram nessa modalidade de labor, de 49,4 milhões para 50,9 milhões. Observa-se, assim, um crescimento de 17,4 milhões nos países em desenvolvimento e 1,5 milhão nos países desenvolvidos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019). Uma diferença considerável, ligada à divisão internacional do trabalho.

Vejam-se, nesse sentido, figuras sobre trabalho por conta própria no Brasil (2002–2009 e 2010–2017), gerados no sistema de dados da Organização Internacional do Trabalho, referente ao emprego e às perspectivas sociais no mundo:

Figura 3 - Trabalho por conta própria no Brasil (2002-2009, em milhões)



Fonte: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019.

Figura 4 - Trabalho por conta própria no Brasil (2010-2017, em milhões)

Fonte: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019.

De forma crescente, portanto, as formas de contratação atípicas se tornavam a regra no Brasil, mesmo antes da contrarreforma trabalhista e, inclusive, durante os períodos de crescimento do contrato de emprego. Carleial (2012, p. 31) assinala a ambiguidade da regulação do trabalho dos governos Lula e Dilma, pois “mesmo em momentos positivos do mercado de trabalho, o fantasma da flexibilização esteve presente”.

Caminhava-se no sentido da combinação entre arcaico e moderno na estruturação do mundo do trabalho brasileiro, defendida por Francisco de Oliveira (2013), como também se pôde observar com a publicação da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e o vertiginoso aumento do encarceramento de trabalhadores do narcotráfico (OLIVEIRA NETO; ARGUELLO; MELLO, 2019)²¹⁴.

Nesse tema, em particular, anote-se que a população carcerária brasileira era de 401 mil pessoas, em 2006, quantidade que cresce para 726,7 mil pessoas, em 2016. A composição etária indica que 56% dos encarcerados são jovens, entre 18 e 29 anos, e 61,7% são considerados pretos ou pardos (INFOPEN, 2019; CALVI, 2018).

²¹⁴ É preciso afastar o dualismo cartesiano que indicaria, com o crescimento do trabalho formal, a impossibilidade de verificação de expansão das contraturalidades atípicas. Os movimentos combinados, com ênfase para a tendência à informalização do mundo do trabalho, são fundamentais para a compreensão do trabalho no país.

Crescem e se diversificam os setores da classe trabalhadora brasileira que não são cobertos pela estrutura formal de emprego. A contrarreforma trabalhista, ao expandir as liberdades contratuais, não parece apresentar um forte contraste a tendência já presentes no mundo do trabalho brasileiro, ainda que parcela delas pudesse ser considerada ilegal. Apesar disso, durante todo o período posterior à Constituição Federal, seguiu inalterado o artigo 7º da CRFB/1988, no qual se entendia prescrita a tipicidade contratual como regra. A próxima seção se ocupa de explicar como isso é possível, a partir de uma certa compreensão dos direitos fundamentais sociais, do Congresso Constituinte no Brasil e do poder de legalidade do Estado.

1.2 Constituição de 1988 e permissão para ilegalidades do trabalho

Elabora-se, nesta seção, uma proposta conceitual para a compreensão das condições de legitimidade jurídica de contraturalidades espoliativas no constitucionalismo social no Brasil, com base na possibilidade de desenvolvimento de *ilegalidades constitucionais do trabalho*. Este conceito é proposto na tese para o fim de abordar a relação entre um desenho institucional discriminatório, no Direito do Trabalho definido pelo texto constitucional de 1988, e seu desenvolvimento legislativo e jurisprudencial posterior.

Transita-se, assim, da crise do contrato de trabalho para as ilegalidades constitucionais do trabalho, cuja expansão será analisada no Capítulo 2.

A ilegalidade constitucional decorre de uma *permissividade* constitucional. O Estado, por meio do “poder da legalidade”, permite que o capital viole direitos fundamentais e discrimine trabalhadores, pois consolida legalmente que um desenho discriminatório do Direito do Trabalho seja lícito.

A estrutura do conceito combina e articula traços da teoria do Estado de Mészáros (2011a; 2015) com a proibição constitucional de desenhos institucionais discriminatórios, decorrente do direito geral de igualdade da Constituição Federal (RIOS, 2008, p. 21 e 119). A ausência de exigibilidade jurídica de salário igual para igual trabalho, entre homens e mulheres, ilustra essa operação jurídica.

1.2.1 Democracia restrita no Brasil e direitos sociais

A atividade estatal que permite a transformação da correlação de forças constitucional pelo expandir das “brechas” da Constituição é analisada na primeira

subseção e conforma contribuição elaborada a partir de traços da teoria do Estado de Mészáros (2011a; 2015) para a estruturação do conceito proposto (a). A compreensão de que o Direito Laboral e a crise do contrato do trabalho expressam um desenho institucional discriminatório são explorados no segundo momento da reflexão (b).

a) Constitucionalismo social e capitalismo

A crescente anarquia social do sistema sociometabólico do capital é circularmente compatível com um ordenamento legal, o que Mészáros (2015) denominou *poder de legalidade*, aqui entendida como o poder típico do Estado capitalista. Significa observar que o propósito do processo de trabalho é sempre parcial e constitui uma totalização sem totalizador, no qual é permanente a presença estrutural das determinações materiais básicas do metabolismo social, mesmo quando em mutação. Por isso, qualquer aumento nos poderes da produção é, hoje, também um aumento nos poderes da destruição (MÉSZÁROS, 2011b, p. 56–58)²¹⁵.

Nessa operação, há um papel preponderante cumprido pelo Estado, que possuía a função de coesão na fase ascendente do capitalismo²¹⁶ e passa a realizar a destrutividade na fase descendente do capitalismo²¹⁷. O Estado se efetiva em um contexto de fortalecimento do desemprego crônico, como nos informa o autor húngaro,

²¹⁵ “De acordo com as características inerentes do processo de trabalho, o propósito almejado, em sua imediatez, só pode ser 'parcial' (...). À medida que a multiplicidade de projetos teleológicos limitados é realizada no curso da atividade produtiva, prática, interligando e integrando os resultados específicos em um complexo geral mais ou menos coerente, de fato ocorre uma 'totalização' de algum tipo. Contudo, trata-se de uma 'totalização sem totalizador' e, portanto, os projetos parciais conscientes devem sofrer as consequências (negativas, inesperadas) de serem inseridos em um quadro geral 'cego' que parece resistir a qualquer tentativa de ser controlado” (MÉSZÁROS, 2011b, p. 56).

²¹⁶ “Na fase ascendente do desenvolvimento do capital, o remédio oferecido para o defeito estrutural da centrifugalidade das unidades reprodutivas materiais particulares – por meio do Estado fornecendo a dimensão coesiva ausente na forma de uma estrutura de comando político geral extremamente dinâmica – melhorou objetivamente as potencialidades expansionistas do sistema em sua totalidade. Paradoxalmente, o apetite crescente do Estado pela apropriação de quantidades significativas de recursos, no interesse de sua própria ampliação, foi, por um longo período histórico, uma parte integrante desse dinamismo reprodutivo, posto que foi benéfico para a expansão material interna, bem como para a extensão global da ordem social metabólica do capital” (MÉSZÁROS, 2011b, p. 153).

²¹⁷ “Em contraposição, na fase descendente do sistema do capital, os constituintes em última análise incuravelmente negativos desse tipo de envolvimento imperativo do Estado e a transformação correspondente da reprodução societal tornaram-se sempre mais dominantes, e, com respeito aos crescentes desperdício e destrutividade, totalmente insustentáveis mais a longo prazo. Impor tal desperdício e destrutividade sobre a sociedade sob as circunstâncias hoje prevalentes, enquanto se deixa de lado toda preocupação com as consequências, seria impossível sem o papel mais ativo, e muitas vezes diretamente autoritário, do Estado capitalista. O anteriormente mencionado intervencionismo direto, em escala crescente, do Estado na economia, e o aventureirismo militar progressivo, justificado sob falsos pretextos, são as necessárias manifestações das contradições subjacentes. É por isso que a transformação radical da superestrutura jurídica e política é um requisito vital para a constituição de uma alternativa hegemônica historicamente sustentável ao sistema do capital” (MÉSZÁROS, 2011b, p. 153).

período no qual foi superada a ideia de exército de reserva e foi oferecida aos gestores do capital uma forte limitação na busca de “soluções parciais”, em contraste ao período desenvolvimentista do pós-guerra (MÉSZÁROS, 2016, p. 31). Tem-se, nessa perspectiva, o fim da possibilidade de pleno emprego em uma sociedade livre, um período de políticas regressivas de direitos²¹⁸.

As políticas neoliberais ensinam que a democracia reduzida à legitimação das elites no poder é cada vez mais despida de expectativas de enfrentamento da desigualdade e de intervenção do Estado para proteção do trabalho. Supiot (2014) mostrou como o neoliberal austríaco Hayek, jurista por formação, pavimentou o caminho para as reformas neoliberais, por ele denominadas política ultraliberal, justamente “(...) [negando] a existência de um elo entre a liberdade de pensar e a segurança material, (...) rejeitando a sujeição da organização econômica aos objetivos sociais (...) [e recusando] em seu princípio a ideia de justiça social” (SUPIOT, 2014, p. 31).

Abertamente inspirada nessa ideologia, Margaret Thatcher “(...) colocava a sua ação política sob a bandeira TINA (*There Is No Alternative*²¹⁹)” (SUPIOT, 2014, p. 32). Trata-se de radical modificação das perspectivas sobre o Estado, que deixa de regular a livre concorrência e passa a ser regulado por ela: “A fim de ajudar os ‘consumidores de direito’ a fazerem sua escolha neste ‘mercado de normas’, o Banco Mundial publica todos os anos, desde 2004, (...) um relatório avaliando os direitos nacionais (...)” (SUPIOT, 2014, p. 58). Na sequência, afirma o autor: “[A base de dados] contém, essencialmente, indicadores estatísticos da ‘inflexibilidade’ dos direitos trabalhistas desses países” (SUPIOT, 2014, p. 58).

A dogmática jurídica trabalhista, assim, é uma dogmática jurídica de verdades legais flexíveis ou pressionadas para que venham a se flexibilizar, pela centralidade que a modificação das regras laborais possui para que seu país se torne mais atrativo no

²¹⁸ “Ele [o desemprego] já não é limitado a um ‘exército de reserva’ à espera de ser ativado e trazido para o quadro da expansão produtiva do capital, por vezes numa expansão prodigiosa. Agora a grave realidade do desumanizante desemprego assumiu um caráter crônico, reconhecido até mesmo pelos defensores mais acrílicos do capital como “desemprego estrutural”, sob a forma de autojustificação, como se ele nada tivesse que ver com a natureza perversa do seu adorado sistema (...) Atingimos uma fase do desenvolvimento histórico do sistema capitalista em que o desemprego é a sua característica dominante. Nesta nova configuração, o sistema capitalista é constituído por uma rede fechada de inter-relações e de interdeterminações por meio da qual agora é impossível encontrar paliativos e soluções parciais ao desemprego em áreas limitadas, em agudo contraste com o período desenvolvimentista do pós-guerra, em que políticos liberais de alguns países privilegiados afirmavam a possibilidade do pleno-emprego em uma sociedade livre. (MÉSZÁROS, 2016, p. 31).

²¹⁹ “Não há alternativa”, em tradução livre.

âmbito do mercado de normas das empresas multinacionais. Essa ideia de verdade *flexível* contrasta com o postulado de uma Constituição rígida e de direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas.

A flexibilidade do Direito do Trabalho se enfrenta ao padrão de contrato de trabalho único e é uma dimensão concreta da crise econômica e da financeirização dos Estados. Ela se expressa não no ataque à figura jurídica central da modernidade, o *contrato*, mas justamente na sua *multiplicação e diferenciação* conforme as características dos sujeitos que contratam e do objeto contratado, considerado um “bem” jurídico, *reificado*.

É preciso observar que a Constituição Federal não apenas reflete a correlação de forças, mas também delimita um campo de autonomia relativa que condiciona e permite a ação política, como já demonstrava Werneck Vianna (1999) sobre a Constituição de 1937. A autonomia relativa do político não se consubstancia apenas em ação arbitrária do soberano. Para compreender o sentido de uma política estatal de arbítrio e violência, não é preciso resgatar o inimigo e afirmar a forma esvaziada de conteúdo, no sentido de um soberano que age pela exceção e decide, simplesmente (BORÓN; GONZÁLEZ, 2006).

Pensar a Constituição é observar a democracia nos seus aspectos substanciais, como as liberdades fundamentais e a relação entre a ordem legal e a representação política. Assim como a análise das coalizões, da governabilidade e das elites possibilita explorar os sentidos da dominação social, também a observação das liberdades contratuais trabalhistas, considerada a centralidade do trabalho na vida social, só é possível com uma certa caracterização do que tenha sido desenhado institucionalmente na Constituição de 1988.

A democracia restrita brasileira é uma ordem ilegal organizada, e não um documento que possui “entulhos autoritários” *em meio a* direitos conquistados, para retomar uma compreensão de Florestan Fernandes (2011). Na interpretação do autor, as classes dominantes brasileiras não possuem uma vertente radical significativa, que em algum momento tenha buscado erradicar o desenvolvimento desigual interno e a dominação imperialista externa (FERNANDES, 2005, p. 349).

Compreender os direitos sociais implica os reconhecer como herdeiros da tradição do *welfare state*, que no Estado brasileiro foi apenas incipiente, um ensaio, realizado por meio da CF/88, com a elevação da legislação social à hierarquia constitucional. Souto Maior (2017) problematiza as tensões entre as demandas da classe

trabalhadora na Constituinte e as oposições dos juslaboralistas influenciados pela classe patronal, com os primeiros avanços das ideias neoliberais no Brasil.

Uma análise tradicional da Constituição destacaria o ponto de vista da demarcação temporal de projetos em disputa. Como desenvolve Schwartz (1993, p. 551 e 552), a Constituição atua como documento e como dispositivo para criação de estruturas e instituições. É um retrato de um período no tempo, reflete as esperanças e os medos hegemônicos de uma nação em um momento específico. Apresenta os limites de acordos e compromissos estruturais ou mais controversos, tidos como “os mais difíceis de concordar”; são objeto de luta, lidam com distribuição de poder, e não uma disposição “ideal”. Operacionalmente, a Constituição apresenta uma maior rigidez em relação a leis e atos infraconstitucionais e, portanto, possui maior limitação a mudanças, como uma espécie de instrumento antidemocrático ou de preservação da tradição.

Para Wolkmer (1989, p. 13), isso ocorre porque, pela qualidade de “(...) pacto político, a Constituição expressa uma forma de poder ideológico que se legitima pela natureza do compromisso e da conciliação”. Afirmar a existência de um compromisso não significa afirmar que dela decorre uma certa natureza *contratual*, como fosse um negócio jurídico. A natureza do compromisso constitucional é política, portanto guarda uma forte tensão, pois busca instituir um fundamento contrário à luta aberta e à violência privada, afirmando-se como única fonte legítima de poder. Ainda assim, considerando sua natureza, Capella (1998, p. 138) afirma que “(...) os deveres do Estado que garantem os direitos de liberdade (...) são de natureza *política*”. Nas palavras do autor:

A existência de direitos de liberdade não está juridicamente garantida porque a constituição que os proclama não está juridicamente garantida. Os famosos deveres do Estado estão impostos, pura e simplesmente, por uma correlação de forças de natureza política. (...) [Assim,] pode-se compreender porque os Estados, de uma parte, podem, como questão de fato, descarregar-se desse dever e liquidar os direitos de liberdade, ou ainda excluir deles, não ao “povo”, mas sim a uma parte *da população*, ou estreitar o âmbito dos comportamentos reais protegidos por tais direitos: tudo isso depende da correlação de forças políticas (CAPELLA, 1998, p. 138).

Do ponto de vista dos direitos sociais, Schwartz apresenta uma diferenciação entre direitos sociais positivos e negativos. Os direitos sociais negativos requerem uma abstenção do Estado, e não uma atuação, como se pode observar no direito de greve²²⁰.

²²⁰ “O primeiro desses problemas, a dificuldade de execução judicial, não se aplica a todos esses direitos econômicos e sociais. Alguns desses direitos não envolvem a criação de novos programas governamentais, mas são apenas aplicações em um contexto social e econômico do que costumamos

Os direitos sociais positivos são aqueles que, em geral, requerem uma atuação de particulares, e não do Estado²²¹.

Acontece que a mera classificação ou construção de tipologias não colocam em relevo o fato de que “há compatibilidade entre desigualdade de classes e cidadania” (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 101). No Brasil, a expansão da política social foi conduzida em um tempo social que não acompanhou a dinâmica externa, “mas sempre esteve conectado a ela, assegurando a continuidade de sua trajetória de heteronomia” (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 135). Trata-se de uma “dinâmica singular de expansão dos direitos sociais em meio à restrição dos direitos civis e políticos” (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 135).

Como destaca Vito Letizia (2012), o Estado liberal era um emissor de moeda de crédito, garantidor de contratos, defensor da propriedade e, nesse sentido, criminalizador de quem violasse a propriedade. O Estado Social, por outro lado, teve duas fórmulas no constitucionalismo democrático, como destacam Souza Neto e Sarmento (2017).

A primeira tem como modelo os Estados Unidos, onde, a partir dos anos 1930: “(...) os valores de justiça social e de igualdade material não foram formalmente incorporados à Constituição. Essa, no entanto, deixou de ser interpretada como um bloqueio à introdução de políticas estatais de intervenção na economia e de proteção de grupos sociais mais vulneráveis” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 84). Nesse sentido, como concluem os autores, esse modelo de Estado Social torna seu desenvolvimento “(...) dependente das inclinações da política majoritária” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 84).

chamar de "direitos negativos". Tais direitos negam poder ao governo ou a partes privadas. Isto inclui, por exemplo, o direito de greve ou o direito do trabalho de se organizar. Afirmar esses direitos é dizer que essas são coisas que as pessoas querem fazer sozinhos, e tudo que eles querem do governo é ficar de fora ou, como qualquer outra interferência privada com os direitos, impedir que alguém interfira injustamente com o que eles querem fazer. Assim, por exemplo, declarar que os funcionários têm o direito de greve é apenas dizer que, se alguém interferir de maneira errada em uma greve, os funcionários podem entrar em juízo e obter uma ordem judicial para impedir essa interferência. Obviamente, a definição de "incorretamente" requer interpretação e desenvolvimento, mas os tribunais fazem isso o tempo todo, tanto com a linguagem estatutária quanto constitucional e, na tradição do direito comum, com respeito aos direitos nos atos ilícitos e no direito contratual” (SCHWARTZ, 1993, p. 555, *tradução livre*).

²²¹ “Existe outro grupo de direitos que também levanta poucos problemas de aplicação. Esse grupo inclui direitos que não exigem que o governo crie algo novo a expensas do Estado, mas apenas exige que pessoas privadas façam o que a lei geralmente exige que eles façam. Isso se aplica, por exemplo, ao direito a um local de trabalho seguro” (SCHWARTZ, 1993, p. 555, *tradução livre*).

O segundo modelo de Estado Social, adotado em países europeus e no Brasil, tem os valores do Estado Social acolhidos na própria Constituição. Trata-se de uma herança dos modelos mexicano e alemão, com um documento jurídico de perfil mais ambicioso, no qual se inscrevem não apenas direitos negativos e de organização do Estado, mas também temas como economia, relações de trabalho, de família, prestações materiais do Estado, como educação, moradia, saúde, previdência social etc., além de adotar uma postura ativa, de proteção estatal, em relação aos direitos individuais clássicos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 84).

Para Letizia, o Estado Social é uma configuração da forma estatal que correspondeu a um período histórico em que a correlação de forças política era desfavorável à classe dominante, na qual o Estado social surge e se apresenta como uma “versão democrática do socialismo” (LETIZIA, 2012, p. 29)²²².

As causas e funcionalidades da legislação social são variadas e contraditórias, como mostrou Marx (1984), no capítulo sobre jornada de trabalho de *O Capital*. Behring e Boschetti (2011, p. 38) destacam essa compreensão, afirmando que Marx “mostrou claramente a impotência das legislações fabris na superação da ordem burguesa, nas revelou seu caráter contraditório, suas multicausalidades e multifuncionalidades”.

Marx tem como fundamento de sua análise o que denominamos, nesta tese, a fraude ao direito trabalhista, ou seja, uma das modalidades de ilicitude no trabalho. Behring e Boschetti chamam a atenção para a análise da “burla da ação pública”, ao Marx ter como fonte primária de suas afirmações, no *Capital*, relatórios de inspetores de polícia. Ele afirma que tais documentos fornecem “estatística contínua e oficial sobre a avidez dos capitalistas por mais-trabalho” (MARX, 1984, p. 193).

Behring e Boschetti destacam uma continuidade entre o Estado Liberal e Estado Social, no fato de que “(...) ambos têm um ponto em comum: o reconhecimento de direitos sem colocar em xeque os fundamentos do capitalismo” (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 63). São diferentes os modelos do *Welfare State* inglês, do *Etat-Providence* francês e do *Sozialstaat*, ou Estado social, na Alemanha²²³. Neste último, o

²²² “O Estado Social nasceu de uma relação de forças desfavorável à burguesia no final da II Guerra Mundial, que teve como ponto culminante o estado de bem-estar da Europa Ocidental, o qual pretendeu por um momento ser uma versão 'democrática' do socialismo” (LETIZIA, 2012, p. 29).

²²³ “Embora não existam sistemas e ‘modelos puros’, quando ocorre predomínio da lógica do seguro, os autores tendem a identificar o sistema como sendo de seguros ou bismarckiano; quando predominam amplos serviços não contributivos, tendem a identifica-lo como sistema beveridgiano ou de seguridade social, com base no Plano Beveridge (Dumont, 1995; Dufourcq, 1994)”. (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 99).

modelo tinha como característica a existência de seguros sociais, “ou seja, a garantia compulsória de prestações de substituição de renda em momentos de riscos derivados da perda do trabalho assalariado pelo Estado foi uma inovação da Alemanha na era bismarckiana” (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 97).

São dois os cuidados em relação à observação de direitos no Estado Social. Um primeiro informa que o Estado Social não apenas protege, mas também regula a exploração e realiza a espoliação. Um segundo no sentido de que não há apenas um modelo de regulação da exploração e realização das espoliações. Certamente, a localização do país na divisão internacional do trabalho e a correlação de forças entre as classes fundamentais determina o modelo protetivo possível e instituído.

Quanto ao primeiro cuidado na compreensão do Estado Social, é pertinente a lembrança de Vito Letizia, quando destaca que o Estado Social “(...) nunca significou apenas responsabilidades do Estado com a prestação de certos serviços sociais; sempre significou paralelamente intervencionismo garantidor da lucratividade do capital, a pretexto de impulsionar o desenvolvimento gerador de emprego” (LETIZIA, 2012, p. 29).

Ainda que críticas às limitações de tipologias e classificações na análise de políticas sociais, Behring e Boschetti retomam a análise de Esping-Anderson, quando relata a existência de três “tipos” de regime de *Welfare State*, a saber (1) liberal (EUA, Canadá, Austrália), com políticas focalizadas de assistência, planos modestos de previdência e benefícios com limitações; (2) conservador e corporativo (Áustria, França, Alemanha e Itália), com a ideia de que “(...) os direitos preservam o *status* ligado à estratificação social, o que limitaria sua capacidade redistributiva” (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 100); e (3) social-democrata, com uma situação que combina políticas sociais universais e extensão de direitos às classes médias.

Apesar da discordância quanto à alocação da França no segundo grupo e também com outras questões metodológicas referentes à classificação, Behring e Boschetti (2011, p. 100) destacam que mesmo o estudo de Esping-Andersen “(...) revela a importância da expansão das políticas sociais no período analisado (1945-1970), ao mesmo tempo em que demonstra que essa expansão não seguiu o mesmo padrão de desenvolvimento em todos os países capitalistas”.

Trata-se de contraposição à visão do Estado Liberal, segundo a qual “(...) os auxílios sociais contribuem para reproduzir a miséria, desestimulam o interesse pelo trabalho e geram acomodação (...). A pobreza, para os liberais, deve ser minorada pela

caridade privada” (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 62). É pertinente a lembrança de Denise Gentil (2006, p. 73), quando narra que a primeira legislação referente à proteção social, estabelecida por Bismarck²²⁴, possuía a racionalidade segundo a qual problemas sociais não advêm da fraqueza moral ou de suposta atitude voluntária de recusa ao trabalho, mas sim possuem uma causa impessoal, oriunda dos impasses econômicos do capitalismo.

No Brasil, a legislação social começa a tomar forma na década de 1930, momento de nova tendência no ciclo econômico de um país que até então encontrava nas oligarquias rurais o centro de seu poder. Entre suas contradições, a proteção social que veio a adquirir forma na CLT estrutura uma série de direitos que, se é verdade que possuem uma dimensão de ausência de efetividade, tutela ou universalização, também construíram uma dimensão de produção concreta de formas de viver e agir.

Uma visão tradicional sobre o constitucionalismo social informa, com Süsskind (2001, p. 13) que ele cuida do “homem social ao lado do homem político; e, para fazê-lo, opuseram limites à autonomia da vontade dos indivíduos, em homenagem ao interesse público e à força normativa da realidade”. Com Canotilho (1998, p. 47 e 51) que seu centro são duas ideias básicas: “[Primeira,] ordenar, fundar e limitar o poder político; [Segunda,] reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo”. Tem-se o reconhecimento, assim, daquilo que Bobbio (1992, p. 69) denominou “era dos direitos”, não apenas com as liberdades de religião e opinião, mas também com “os direitos políticos e sociais, que requerem a intervenção direta do Estado” (BOBBIO, 1992, p. 69).

Nesse sentido, a fórmula institucional que estabelece a incorporação do trabalho às instituições democráticas e às estruturas políticas da cidadania tem como princípio a centralidade política do trabalho na Constituição, na mesma linha que poderia ser atribuída a Baylos Grau (2014, p. 20). Observar tal centralidade do trabalho, considerada a tradição brasileira de aproximações entre democracia, crise e autoritarismos (MALTA; LEÓN, 2017), requer observar no que consiste este autoritarismo.

²²⁴ “O sistema previdenciário alemão incluía pensões por idade, invalidez e morte, cobertura para doença e maternidade, cobertura para acidentes de trabalho e, mais tarde, seguro-desemprego. Era financiado por contribuições em um esquema tripartite (Estado, capital e cidadão) e colocava o Estado como responsável por seu cumprimento” (GENTIL, 2006, p. 73)

Ele não se confunde com uma “mentalidade autoritária”, apenas, como destacou Werneck Vianna (1999, p. 264). Como descreve, o Estado Novo foi portador²²⁵ de um antiliberalismo doutrinário, com princípios que penetraram na sociedade, como “(...) centralização, integração nacional, hierarquia, visão antipolítica, nacionalismo difuso” (VIANNA, 1999, p. 264). Daí a “política fascista pelo alto”, no sentido de uma interação entre Estado e sociedade, com uma direção específica. Na verdade, já desde 1934 o Estado chamava para si a tarefa de alicerçar as possibilidades da industrialização:

Pondo-se à frente da gestão das variáveis essenciais à expansão das forças produtivas, nacionalizando o subsolo, e determinando a nacionalização das empresas concessionárias e de energia elétrica, o Estado chama a si a tarefa de edificar os suportes necessários para uma industrialização massiva (VIANNA, 1999, p. 177).

Afirmar que o Estado é portador dos princípios do antiliberalismo doutrinário não significa que ele os tenha criado. É possível argumentar, com o autor, que o pensamento autoritário na sociedade e elite brasileiras tem vocação prussianizante, com com centro de articulação do Estado no antiliberalismo doutrinário, com teóricos elitistas. As ideias antiliberais se apresentavam como uma suposta alternativa ao liberalismo. O centro é a identidade da nação. A crítica de Vargas ao liberalismo, com efeito, “(...) ultrapassa a condenação conjuntural das suas instituições políticas para fazer face à crise em curso, para se instalar no limiar de uma nova ordem” (VIANNA, 1999, p. 265). Esta nova ordem envolve uma certa relação do Estado com o sindicato corporativo e a justiça classista, como se verá no Congresso Constituinte e, após, se retomará na subseção referente à invenção e à reinvenção do corporativismo sindical no Brasil.

No Brasil, a elevação da legislação social à hierarquia normativa constitucional é parte de um processo político em que as posições dos trabalhadores não se limitavam aos direitos trabalhistas. Reconhecer a *natureza do compromisso* pactuado em uma Constituição implica diferenciá-la de um pacto do tipo contratual e vê-la como algo

²²⁵ Ser portador não significa tê-los criado. Werneck Vianna (1999, p. 264) ressalva “que tais elementos não foram apenas introduzidos pelo novo regime. Temos procurado demonstrar que, desde a primeira década do século, desenvolvia-se uma matriz de pensamento autoritário na sociedade civil brasileira, em particular nos setores da elite, que temos classificado como de vocação ‘prussianizante’. De outro lado, tal listagem das características do novo regime é inconclusa, omitindo o dado crucial do seu antiliberalismo doutrinário, que se tornou centro de articulação da fundamentação do Estado. Ademais, a genérica expressão ‘hierárquica’ não revela o elitismo e o *bias* anticlasse operária, presente nos teóricos do regime, como Francisco Campos, Oliveira Viana e Azevedo Amaral”.

vivo, isto é, exige reconhecer que a Constituição não encerra a correlação de forças, como se a política fosse coisa controlável e estanque²²⁶. Em outro sentido,

(...) o combate político prossegue, as forças dos diferentes poderes reais mudam (e também sua “correlação”, como é óbvio), e, com isso, muda ou pode mudar o alcance do pactuado, a decisão sobre o alcance dos poderes do Estado – portanto, o alcance ou significado dos “direitos de liberdade” (CAPELLA, 1993, p. 139).

Na próxima subseção, cuida-se de analisar a correlação de forças que se expressa no Congresso Constituinte, as propostas e campanhas realizadas pela CUT em defesa dos trabalhadores e, em especial, a interpretação de Florestan Fernandes sobre a democracia de cooptação e o Congresso Constituinte. Como afirma Plínio de Arruda Sampaio: “Não podemos pensar o Direito Constitucional sem a política, pois o quadro perde o sentido” (SAMPAIO, 2002, p. 31).

A escolha pela análise do Congresso Constituinte resulta da observação da qualidade de pacto político da Constituição e na percepção de que ela se legitima pela natureza do compromisso e da conciliação (WOLKMER, 1989), que garante liberdades politicamente (CAPELLA, 1998) e, com a segurança material, oferece alguma liberdade de pensamento (SUPIOT, 2014). No Brasil, a tradição democrática combina crise e autoritarismos (MALTA; LEÓN, 2017), dada a tradição prussionizante de setores da elite brasileira (VIANNA, 1999) e, ainda, o “dado crucial” de que um antiliberalismo doutrinário se tornou o centro de articulação da fundamentação do Estado (VIANNA, 1999).

b) Congresso Constituinte e jogo da governabilidade

Compreender o Congresso Constituinte revela uma ordem ilegal restaurada legitimamente, para retomar o argumento de Florestan Fernandes, que será desenvolvido a seguir. Sem a superação pela Constituinte da degradação material e moral do trabalho, pode-se dizer que persiste o “(...) despotismo nas relações humanas, o privilegiamento das classes possuidoras, a superconcentração da renda, do prestígio social e do poder, a modernização controlada de fora, o crescimento econômico dependente (...)” (FERNANDES, 2009, p. 48 e 49).

²²⁶ Como se problematizou, também o compromisso do contrato laboral é algo vivo, aberto, conflitivo, pelo tipo de prestação envolvida.

O superprivilegiamento de classe das elites brasileiras exige que “não se faça política demais”²²⁷; gera-se uma impotência generalizada, uma reprodução crônica de dilemas sociais, com “(...) sobrecarga de saturação política normal do sistema do poder e dos mecanismos de controle ou de transformação da ordem social”. Há uma tendência, “(...) por assim dizer estrutural, à impregnação autocrática de padrões de comportamento político que ‘deveriam ser’ democráticos” (FERNANDES, 2009, p. 102). Florestan se referia a um padrão de liberdade das classes dominantes, no Brasil, “extremamente egoístico e irresponsável” (FERNANDES, 2005, p. 368).

Serão abordados diferentes textos do sociólogo paulista, com objetivo de conhecer sua intervenção e avaliação sobre a Constituinte, bem como sua interpretação de caráter mais geral sobre a “contrarrevolução a frio” no país (MALTA; LEÓN, 2020). Nos textos *A Constituição como Projeto Político* e *O Quadro Político Atual*, Florestan descreveu o Congresso Constituinte:

(...) o Congresso Constituinte reduz-se a um “poder derivado” e, se extravasar desse limite, está condenado à instância judiciária, que poderia anular suas decisões – e, o que não se diz, ao quarto poder da República, o poder militar, a instância suprema, que poderia eliminá-lo do mapa... o que se reitera é um afã ultraconservador e ultrarreacionário (que conta com o apoio da maioria parlamentar e com a tolerância das direções dos principais partidos da ordem – o PMdB e o PFL à frente), de conceber a elaboração da constituição como uma revisão constitucional. Nessa revisão constitucional, a ordem ilegal vigente seria reinstaurada “legitimamente”, como um sonho “liberal” dos antigos e novos donos do poder. Para isso foi concebido o Congresso Constituinte! (FERNANDES, 2014a, p. 77).

Na verdade, o processo constituinte foi castrado a partir de fora e a partir de dentro, com o beneplácito do poder judiciário. Definiu-se a carta autoritária em vigor como uma constituição legítima e a ANC como derivada e destituída de soberania. O poder Judiciário permaneceu mudo. Seu lobby mostrou-se muito ativo na preservação, reforço e ampliação dos privilégios dos magistrados. O procurador da República deu, sem mais esta nem aquela, o tom do pensamento jurídico oficial, restringindo a ANC a um Congresso com funções de revisão constitucional, submetido aos outros dois poderes. No entanto, palavras não alteram a realidade. O processo constituinte cresceu e chocou-se com o poder executivo e com seus excessos autoritários. Este reagiu, implantando primeiro um, em seguida dois cavalos de tróia, no seio da ANC; ao mesmo tempo, manipulou o reacionarismo dos estratos dominantes da burguesia e dos próprios constituintes com vínculos com a ‘defesa da ordem, da iniciativa privada e da liberdade’ – isto é, com os agentes do pior tipo de conservantismo e de clientelismo político – para dismantelar por dentro o processo constituinte (FERNANDES, 2014b, p. 219).

²²⁷ “(...) [Impõe-se uma] sobrecarga de saturação política normal do sistema do poder e dos mecanismos de controle ou de transformação da ordem social” (FERNANDES, 2009, p. 102).

Não foi instalada no Brasil uma Assembleia Nacional Constituinte *exclusiva*, com membros eleitos para o fim específico de elaborar uma Constituição. Como afirma Vito Letizia (2014): “O Brasil nunca teve uma Constituinte decente. (...) Uma Constituinte significa uma reconstituição do regime político. E essa reconstituição deve ser feita pelo povo livremente organizado. Isso nunca aconteceu. As Constituintes que se formaram não tiveram soberania” (LETIZIA, 2014, p. 195). Claudio Souza Neto e Daniel Sarmento (2017) descrevem aspectos da crítica à ausência de democracia na Constituinte:

A fórmula adotada foi objeto de fortes críticas dentre os setores mais progressistas da sociedade, que preferiam a convocação de uma Assembleia Constituinte exclusiva, que não cumulasse os seus trabalhos àqueles da legislatura ordinária, e que se dissolvesse assim que concluída a sua obra. Contestava-se, ademais, a presença, na Assembleia Constituinte, dos senadores empossados em 1982, cujos mandatos expirar-se-iam apenas em 1990, sob o argumento de que o povo não os teria eleito para elaborar nova Constituição. A nomeação de “notáveis” presidida por Afonso Arinos também foi objeto de críticas de setores à esquerda, que não aceitavam o protagonismo do Presidente da República na definição da agenda da Constituinte. O modelo adotado parece ter resultado de um compromisso com as forças do regime autoritário, travado ainda antes do óbito de Tancredo Neves, pois ditas forças temiam que uma Assembleia Constituinte exclusiva pudesse resvalar para o “radicalismo” ou até para o “revanchismo” contra os militares – leia-se, a sua responsabilização pelas gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura, como já estava então ocorrendo na Argentina (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 157).

Sobre o processo de transição negociada, no Brasil, escreveu Francisco de Oliveira, em *Além da Transição, Aquém da Imaginação*:

A tal ponto e de tal forma que o processo da transição, embora não se faça estritamente pautado pelas Forças Armadas, tampouco se faz contra ou sem elas. O que dificultou a possibilidade de estiramento do prazo histórico da tutela militar, mas, por outro lado, incluiu vetos militares à participação dos partidos comunistas, por exemplo, ou barrou o caminho às eleições diretas para a Presidência da República, pelo temor à avalanche de candidatos “não digeríveis”, como Brizola. A característica da transição negociada responde pela alta taxa de sobrevivência de remanescentes do regime autoritário — que, a estas alturas, não são remanescentes, mas um dos pólos da Aliança Democrática juntamente com o principal partido de oposição, o PMDB. Pois como já se enfatizou, o regime autoritário foi a negação da representação própria de interesses das burguesias brasileiras, nacionais e internacionais, mas não sua anulação: ao contrário, sua amplificação. A característica de transição negociada em meio à crise econômica responde pelo alto grau de conservadorismo do regime que emerge, e ganha perfis mais nítidos no programa e na composição de

governo do hoje candidato Tancredo Neves, próximo presidente da República (OLIVEIRA, 1985, p. 11).

A Emenda Constitucional 26/1985 convocou membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para o Congresso Constituinte. Em 1986, realizaram-se eleições para deputados e senadores, que acumulariam as funções de congressistas e constituintes. Como afirmava o artigo 1º da EC 26/1985: “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

Naquele mesmo ano, conforme se extrai do documento Resoluções do 2º Congresso da Central Única dos Trabalhadores (CUT), a entidade denunciou o que entendia como “caráter antidemocrático e anti-soberano da constituinte atual” (CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, 1986, p. 13). A tarefa política da central sindical até a Constituinte consistiria em promover campanhas “em torno das questões mais importantes da Constituinte; obriga [obrigando] os diferentes partidos e candidatos a se pronunciarem acerca das principais reivindicações dos trabalhadores de forma a desmascarar os falsos aliados dos trabalhadores” (CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, 1986, p. 13).

A CUT defendeu a realização de assembleias nos locais de trabalho mensais, com participação do sindicato, para discussão de temas da Constituinte. Também defendeu a constituição de “Comissões Constituintes” nos locais de trabalho, com estabilidade sindical aos integrantes, para garantia de participação efetiva de trabalhadores²²⁸. Do ponto de vista da proposta de intervenção da entidade na Constituinte, definiu como eixo prioritário o que denominou “direitos econômicos, políticos e sindicais”, cujo programa incluía:

- Direito ao trabalho e estabilidade no emprego;
- Liberdade plena de organização e direito assegurado à organização nos locais de trabalho e acesso às informações contábeis e ao sistema produtivo das empresas;
- Liberdade e autonomia sindical;
- Direito irrestrito de greve;
- Direito de controle dos trabalhadores sobre o processo de inovação

²²⁸ “c) – A CUT defenderá o direito de os trabalhadores realizarem assembleias nos locais de trabalho, mensais, com duração de até três horas e com participação do Sindicato para discussão dos temas vinculados à Constituinte. A CUT defenderá também o direito à formação de Comissões Constituintes nos locais de trabalho, com estabilidade sindical para encaminhar as informações e organizar a participação efetiva dos trabalhadores no debate constitucional” (CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, 1986, p. 13).

tecnológica;

- Direito a terra, para quem nela trabalha;
 - E os seguintes direitos fundamentais dos trabalhadores:
 - salário mínimo nacional unificado e capaz efetivamente de satisfazer as necessidades normais do trabalhador e sua família;
 - jornada máxima de trabalho semanal de 40 horas;
 - férias em dobro;
 - seguro-desemprego para todos;
 - direito de creche para os filhos de todos os trabalhadores, gratuita, mantida pelo Estado e pelos patrões, sob controle dos trabalhadores;
 - estatização dos transportes, saúde e educação;
 - moradia para todos;
 - direito à previdência social para todos os segmentos da sociedade, com garantia de níveis mínimos de benefícios, decididos a partir da participação e controle dos trabalhadores e mediante contribuição da União, dos empregados e empregadores;
 - contra todas as formas de discriminação e diferenças de direitos entre homens e mulheres, nas condições de trabalho e emprego, na família, em todos os aspectos da sociedade, independente do estado civil, cor ou opção sexual;
 - contra qualquer forma de intervenção ou interferência do Estado ou do FMI na definição do planejamento familiar;
 - reconhecimento e regulamentação do trabalho da empregada doméstica;
 - garantia de licença maternidade para todas as mulheres trabalhadoras, inclusive empregadas domésticas e trabalhadoras rurais;
 - fim do papel constitucional das forças Armadas de defesa da ordem interna;
 - descaracterização legal do homossexualismo como doença;
 - modificação da legislação eleitoral, de modo a garantir que o número de deputados e senadores seja proporcional à população de cada estado;
 - proibição de propaganda de cigarro, bebida e medicamentos
- (CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, 1986, p. 14).

Como se observa no documento histórico, a CUT anunciava uma ampla campanha política, em que não se limitaria a defender interesses corporativos ou sindicais. Gelsom Rozentino de Almeida (2011) sistematiza boletins nacionais da central sindical no período e informa que a entidade atuou em quatro eixos principais: “1) direitos políticos e sociais; 2) direitos trabalhistas; 3) política econômica (proposta para o Estado); 4) reforma agrária” (ALMEIDA, 2011, p. 283).

A importância da campanha política resulta no peso político do Partido dos Trabalhadores na Constituinte. Apesar de contar com apenas 16 deputados federais, o PT acabou por ter uma atuação destacada e, inclusive, estabeleceu vetos. Como destaca o líder do PT no Congresso Constituinte, Plínio de Arruda Sampaio:

Tínhamos 16 deputados do PT na Constituinte, dos quais eu era o líder. Porém, veja, eu usufruí uma influência no Congresso

desproporcional ao número dos meus deputados. Ora, de repente há um partido com 16 deputados discutindo com a burocracia da Câmara como conseguir um automóvel para o líder. Um partido com 16 deputados que senta na mesa diretora e estabelece vetos! Isso só foi possível porque havia uma massa na rua, por trás. Porque se a CUT pusesse o nome no cartaz como deputado contra o povo, o deputado não se elegeria mais. Tínhamos no Congresso um poder desproporcional ao tamanho da nossa bancada! (SAMPAIO, 2002, p. 16)

O combate político que se expressava na década de 1980 é resultante da estagnação da década anterior, com a crise de acumulação taylorista e fordista. Redesenhava-se a divisão internacional do trabalho e, portanto, a composição da classe trabalhadora no mundo (ANTUNES, 2018, p. 137). No Brasil, o ano de 1988 foi marcado pela repressão aos movimentos sociais, como destaca Jorge Souto Maior: “(...) com mais de 50 pessoas ligadas às causas assassinadas e o advento da Constituição, por si, não altera o rumo das coisas, tanto que, em dezembro de 1988, o líder sindical e ecologista, Chico Mendes, foi também assassinado” (SOUTO MAIOR, 2017, p. 358).

O conjunto de limitações da Constituinte não obscurecia suas potencialidades. Na visão de Florestan, não se desenvolvia um processo ideal, mas havia algum espaço suficiente para a conquista de “(...) um ponto de partida para um processo constituinte moderno, de essência democrática e voltado para o futuro almejado pela maioria real” (FERNANDES, 2014c, p. 306). Plínio de Arruda Sampaio (2002) destaca a importância para a esquerda de evitar um “texto pré-estabelecido”, em torno do qual todas as emendas gravitariam. A metodologia da discussão, em um “regimento interno inovador”, garantiu que a composição do texto se desse “por baixo”, com a participação dos deputados nas subcomissões²²⁹.

²²⁹ “Isto é, quando se parte de um corpo de pensamento já formatado, ele tem tal poder de imantação que obriga as emendas a gravitar em torno daquele vetor, de sorte que uma das nossas preocupações fundamentais, nós do PT, era bloquear a tese de um texto pré-estabelecido, iniciativa que contou com o apoio de toda a esquerda. O Fernando Henrique, mesmo com toda a pressão, concordou com a nossa tese. O Afonso Arinos, que integrava a Comissão dos Notáveis, terminou ficando numa situação constrangedora e, sendo um homem muito ético, silenciou e evitou confrontos. De modo que conseguimos propor uma nova metodologia de discussão, um regimento interno inovador, que estipulava a composição do texto lá de baixo, com cada Deputado inserindo as emendas que entendia mais pertinentes numa subcomissão, que remetia o resultado global de seus trabalhos para uma comissão temática, de onde o texto seguia para a Comissão de Sistematização. E eu estava na Subcomissão do Poder Judiciário, que se constituiu no começo da redação. Não partimos, portanto, de nenhum texto pré-concebido. E assim funcionou. Por exemplo, chegava o representante dos juizes de Paz – tinha lá um deputado, de Minas Gerais, o Silvio Palmeira, muito ligado a este segmento –, e punha lá seus textinhos, e eu fui ‘costurando’ aquilo tudo. Método fantástico! Dessa forma, com pressão e mobilização, chegamos na Comissão de Sistematização, da qual eu também fiz parte, com um texto parlamentarista. Foi grande a minha influência nesse resultado, bem como do Zé Afonso da Silva. Nos inspiramos muito em toda essa constitucionalização européia nova, a portuguesa, a italiana; a francesa um pouco menos; a espanhola

Convém observar a composição da direção de algumas subcomissões do Congresso Constituinte. Como pontua Gelsom Almeida (2011), a relatoria da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais coube a Darcy Pozza (PDS/RS)²³⁰; para a Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado e da Atividade Econômica, designou-se um “exponente do conservadorismo nacional, velho conhecido do povo brasileiro, Antonio Delfim Netto [PDS/SP]” (ALMEIDA, 2011, p. 304)²³¹; na Subcomissão de Reforma Agrária, o presidente foi Edison Lobão (PFL/MA)²³²; ocupou a presidência da Subcomissão de Orçamentos “o malufista-delfinista João Alves, ex-Arena/PDS, que (...) Posteriormente, seria apontado como o principal responsável pelo esquema de corrupção existente por anos na Comissão de Orçamento da Câmara, sendo cassado pelo Congresso Nacional em 1993” (ALMEIDA, 2011, p. 304).

Os debates na Comissão de Sistematização²³³ foram marcados pela resistência do empresariado aos direitos trabalhistas. Ainda assim, os trabalhadores expressaram sua força e suas reivindicações²³⁴. Conforme descreveu Almeida (2011, p. 310), “Foram mais de 15 milhões de assinaturas recolhidas [nas campanhas por emendas populares], o que representava 25% do total de cidadãos brasileiros com direito a voto, que somavam cerca de 69 milhões em 1987”. A Emenda Popular 54, por exemplo, teve

muito forte. Trabalhei muito nesses textos todos, ao lado de um conjunto de constitucionalistas brilhantes, como o Bandeira, o Geraldo Ataliba, o Comparato, uma turma que já vinha com uma visão parlamentarista. Porém, quando passamos da sistematização para o Plenário, sofremos o impacto do Centrão.” (SAMPAIO, 2002, p. 17).

²³⁰ “(...) que votou contra as eleições diretas e apoiou Paulo Maluf no Colégio Eleitoral. Conservador, combatia o ‘excesso’ de liberdade que a esquerda teria no país. Favorável à privatização, defendia a abertura aos investimentos estrangeiros e, no tocante à dívida externa, queria um acordo com o FMI. Além disso, era vinculado ao latifúndio e absolutamente contrário à reforma agrária” (ALMEIDA, 2011, p. 303).

²³¹ “Apenas para relembrar: Delfim serviu os ditadores militares durante 17 anos, tendo ocupado as pastas da Fazenda (governos Costa e Silva e Médici), Agricultura e Planejamento (governo Figueiredo). Aliado de Maluf, sua campanha eleitoral foi financiada por empresários, pecuaristas, industriais brasileiros e dirigentes de multinacionais. (...) através do Cedes, teria sido o responsável pela ‘caixinha’ para o financiamento da campanha de vários outros parlamentares, cerca de quarenta deputados federais e senadores, do PDS, PFL, PMDB e PDC” (ALMEIDA, 2011, p. 304).

²³² “(...) ex-Arena/PDS, malufista, defensor ardoroso do regime militar. Votou contra as diretas e defendia interesses do setor agrário, num dos estados em que a violência contra os trabalhadores rurais era das mais gritantes” (ALMEIDA, 2011, p. 304).

²³³ É pertinente a lembrança de Almeida (2011) sobre a trajetória do Senador Affonso Arinos de Melo Franco, presidente da Comissão de Sistematização: “(...) [O Senador Affonso A. M. Franco foi] um dos fundadores da UDN, participante das conspirações contra Getúlio Vargas e um dos articuladores do golpe militar de 1964 – além de ter liderado a comissão encarregada de redigir o anteprojeto [de Constituição], que recebia o seu nome” (ALMEIDA, 2011, p. 303).

²³⁴ Como observa Almeida (2011, p. 311), a Comissão de Sistematização era formada por 92 constituintes, dos quais cerca de 20 eram entendidos como ligados ao movimento popular e sindical. Eram necessários 47 votos para inclusão ou supressão no texto na Comissão de Sistematização. No plenário, seriam necessários 281 constituintes. Por isso, “era menos difícil conseguir a diferença de necessária de votos nessa comissão [de sistematização] através de pressão do que na fase seguinte” (ALMEIDA, 2011, p. 311).

630.714 assinaturas e reivindicava “estabilidade no emprego; redução da jornada para 40 horas; férias em dobro; direito de greve; aposentadoria integral; e autonomia sindical” (SOUTO MAIOR, 2017, p. 379).

Os principais pontos que a CUT defendeu, referentes ao Direito do Trabalho, foram salário mínimo unificado nacionalmente, jornada de trabalho de quarenta horas semanais, lei de greve, liberdade e autonomia sindicais (ALMEIDA, 2011, P. 305). As propostas de emenda “(...) sobre ‘Direitos dos Trabalhadores’ subscritas pela CUT receberam 630.714 e 272.624 assinaturas. Já as duas emendas a favor da reforma agrária conseguiram, juntas, 1,2 milhões de assinaturas” (ALMEIDA, 2011, p. 310)²³⁵.

Apesar de campanha realizada por dezenas de entidades²³⁶, do expressivo apoio popular às emendas e das promessas realizadas pelo relator da Comissão de Sistematização da Constituinte, deputado Bernardo Cabral²³⁷, em reunião com sindicalistas de dez estados, a moldura parlamentar do Congresso Constituinte facilitou manobras de organizações patronais e setores da elite estatal. Como descreveu Florestan:

(...) essa moldura parlamentar facilitou as manobras de entidades e organizações patronais, contrárias às reformas que a situação histórica aponta como imperativas e, ao mesmo tempo, ofereceu um vasto campo de manobras para interferências indébitas e arrasadoras do Executivo, do Judiciário, das Forças Armadas, dos “lobbies” e grupos de interesses e de pressão (FERNANDES, 2014c, p. 307).

O resultado do Congresso Constituinte, então, torna a Constituição uma *contradição declarada*, para retomar uma expressão de Marx (2005, p. 93, grifos do autor): “A constituição representativa é um enorme progresso, pois ela é a expressão *aberta, não falseada, consequente, da condição política moderna*. Ela é a *contradição declarada*”. As contradições abertas brasileiras após 1988 foram caracterizadas como

²³⁵ “Outras propostas que atraíram bastante as atenções populares foram as de ‘Ordem Econômica e Social’, ‘Diretas Já’ e ‘Democratização dos Meios de Comunicação’. Merecem destaque, ainda, propostas que, se incluídas no texto da Constituição, assegurariam direitos fundamentais como a preservação do ‘Monopólio Estatal do Petróleo’, ‘Direito das Mulheres’, ‘Participação Popular’ e ‘Ensino Público e Gratuito’” (ALMEIDA, 2011, p. 310).

²³⁶ Almeida (2011, p. 311) descreve um “calendário dos trabalhadores na Constituinte”, apresentado pela CUT, em que estavam previstas visitas a parlamentares, caravanas a Brasília, atos públicos nos estados, reuniões entre dirigentes sindicais e movimento popular etc.

²³⁷ “Cabral prometeu aos líderes sindicais na ocasião a inclusão, em seu relatório, dos seguintes itens: 1) aposentadoria por tempo de serviço sem limitação de idade; 2) estabilidade no emprego, provavelmente após 90 dias de experiência; 3) direito de greve; 4) ensino gratuito, além de 18% das verbas da União e 25% de estados e municípios para a educação. Questões polêmicas como a reforma agrária ficariam para serem decididas em votação plenária. A redução da jornada ficaria para uma tentativa de solução consensual junto aos empresários” (ALMEIDA, 2011, p. 313).

pobres, bitoladas, como o movimento que “apaga a luz de múltiplas esperanças” por Florestan.

Isso ocorre, como descreveu Florestan, então deputado constituinte, em especial pela atuação de “(...) classes e facções de classes dominantes, pelo vetor militar e pelas interferências castradoras do Executivo (e por vezes do Judiciário), o que estava dentro da lógica política de um solo histórico árido e ultrarresistente à democratização da sociedade civil, da cultura e do Estado” (FERNANDES, 2014d, p. 310).

Apesar do resultado geral, Souto Maior (2017, p. 379) caracteriza o movimento realizado pela Constituição como de um “avanço comedido”, dado que os constituintes tinham consenso sobre a necessidade de elevar os direitos trabalhistas, com divergência apenas quanto ao alcance desses avanços. Relata o autor: “(...) não houve em momento algum a apresentação de proposições que buscassem retrocessos nos direitos trabalhistas, até porque não havia ambiente político favorável para tanto na Constituinte” (SOUTO MAIOR, 2017, p. 379).

O Capítulo II, referente aos Direitos dos Trabalhadores, possuía seis propostas, como descreve Almeida (2011, p. 316): a primeira foi apresentada pelo deputado federal Lula (PT/SP), representando as propostas da CUT, da CGT e as assinaturas populares; a segunda pelo deputado federal Almir Pazzianotto (PMDB/SP), “que adia a garantia de emprego para lei ordinária” (ALMEIDA, 2011, p. 316); a terceira foi encaminhada pelo deputado federal Darcy Pozza (PDS/RS) e pela Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul (FIERGS), para estabelecer indenização no lugar da garantia de emprego.

Uma quarta proposta foi realizada pelo deputado federal Brandão Monteiro (PDT/RJ) e postulava limite de 40 horas para a jornada de trabalho semanal; a quinta ficou conhecida como “Unicidade”, pela qual se mantinha a unicidade sindical, e foi defendida pela maior parte das correntes políticas; enfim, a sexta proposta foi a maior derrota petista, referente à nova estrutura sindical: “quanto à autonomia [sindical], o texto defendido pelo PT obteve apenas os votos de seus representantes (2) e os do PDT (3), totalizando cinco votos [na Comissão de Sistematização]” (ALMEIDA, 2011, p. 316).

Os votos da Comissão de Sistematização sobre o capítulo referente aos Direitos dos Trabalhadores, bem como sua composição conforme a quantidade de constituintes titulares e suplentes por partido, podem ser observados nas tabelas abaixo, elaboradas pela CUT e disponibilizadas em seu Boletim Nacional n. 16, de outubro e novembro de 1987, colhido de Almeida (2011):

Tabela 2 - Composição Partidária da Comissão de Sistematização do Congresso Constituinte

PARTIDOS	TITULARES	SUPLENTE	TOTAL
PMDB	50	30	80
PFL	22	12	34
PDS	06	04	10
PDT	03	02	05
PTB	03	01	04
PT	02	01	03
PCB	01	01	02
PC do B	01	01	02
PSB	01	01	02
PL	01	01	02
PDC	01	01	02
TOTAL	93	55	148

Fonte: CUT, Boletim Nacional n. 16, 1987, extraído de Almeida (2011, p. 315).

Tabela 3 - Votos da Comissão de Sistematização, Capítulo II - Direitos de Trabalhadores e Trabalhadoras

VOTOS	LULA	CABRAL I	EMPRES.	40 H.	EST. SIND	UNICIDADE
SIM	38	35	36	40	05	59
NÃO	53	58	48	50	79	18
Abstenção	02	-	09	03	09	16
TOTAL	93	93	93	93	93	93

Fonte: CUT, Boletim Nacional n. 16, 1987, extraído de Almeida (2011, p. 315).

Como avalia Almeida (2011, p. 316), “(...) a bancada da esquerda nessa comissão era muito reduzida. Considerando como base os membros do PT, PDT, PCB, PC do B e PSB, somava oito titulares e seis suplentes, totalizando 14 parlamentares”. Apesar disso, como as tabelas demonstram, o texto “Lula” e o texto “40h” receberam 38 e 40 votos, em um conjunto de 93 votantes, o que representa uma votação significativa, com atração de setores do PMDB²³⁸.

²³⁸ Para Almeida (2011, p. 316), as propostas do PT atraíram parlamentares do PMDB, “(...) como Miro Teixeira (RJ), Artur da Távola (RJ), Nelson Jobim (RS), Aécio Neves (MG), Cristina Tavares (PE), Mário Covas (SP), entre outros”.

Além dessa votação expressiva, setores de esquerda também tiveram uma forte atuação no tema do Poder Judiciário, em especial pela atuação de Plínio de Arruda Sampaio. O Deputado Constituinte descreve, por exemplo, os debates sobre o desenho do STF como guardião da Constituição e a discussão sobre quem seriam os atores institucionais elevados à condição de legitimados para propositura de ações judiciais em defesa da Constituição. A inclusão de entidades representativas de trabalhadores e trabalhadoras, como postulantes de ações como ADI, ADPF etc., representa uma vitória narrada por Sampaio (2002)²³⁹.

Ainda no tema do Poder Judiciário, Sampaio (2002) destaca que as maiores resistências que enfrentou, na Subcomissão do Poder Judiciário foram referentes à extinção do Superior Tribunal Militar e do vogal na Justiça do Trabalho. Percebe-se, aqui, a forte persistência do corporativismo do Direito Coletivo do Trabalho, que não renova apenas o sindicato corporativo na CRFB/1988. Foi mantido, também, uma concepção de Judiciário Trabalhista em que nem todos os magistrados são concursados, pois foi mantido o juiz vogal ou juiz classista, representante do sindicato ou do empregador no Poder Judiciário. Mantém-se forte uma relação de vantagens ao sindicato pela sua influência nos poderes do Estado²⁴⁰.

Na interpretação do Brasil realizada por Florestan, como lida por Malta e León (2020), a distensão da ditadura envolvia, para as classes dominantes, duas tarefas: (a) conectar organicamente mecanismos da democracia de cooptação com o Estado autocrático burguês e (b) reforçar a autocracia burguesa, ampliando-se a cooptação “para baixo” e “criando novas formas de conexão com o restante da sociedade civil de

²³⁹ “Sem dúvida, uma grande ampliação, pois passam a poder mover ação de inconstitucionalidade o Ministério Público, os partidos políticos, sindicatos, associações civis, enfim. Não me lembro Gunter, de uma oposição significativa ao papel do Ministério Público neste setor. Em compensação, houve estranhamento quanto a ampliação da faculdade de iniciar ação de inconstitucionalidade para as centrais sindicais, para as associações civis, para os partidos. Houve, com efeito, muita oposição, mas nós ganhamos essa batalha política. Tinha Deputado que dizia: ‘O promotor, tudo bem, mas você vai querer colocar operário aí.’ (risos) Lembro-me bem desse debate e acho que o resultado foi um dos avanços mais significativos conquistados pela Constituinte para o País” (SAMPAIO, 2002, p. 19).

²⁴⁰ “A maior resistência ao capítulo sobre o Judiciário foi do Supremo Tribunal, seguido do Superior Tribunal Militar, cuja extinção eu propus na primeira versão do texto. Com efeito, alegando serem todos iguais perante a lei, propunha a extinção do STM. A troco do que um cidadão é punido numa legislação própria? Uma coisa é a Corte Marcial para crime de guerra, isso aí é um outro problema, entendeu, outra coisa é uma injustiça comum-e-corrente, um ‘milico’ dá um tiro no outro e acaba sendo julgado por uma justiça especial. Vocês não têm idéia! Quando eu pus isso no texto houve grande mal-estar. Porém, não consegui a aprovação da matéria. Tomei uma ‘lavada’ de nem sei quanto a zero. Também houve fortes resistências ao projeto de extinção do vogal da Justiça do Trabalho. Houve uma resistência corporativa violentíssima nessa matéria. Da mesma forma no que respeitava à proposta de oficialização dos cartórios, proibindo a privatização desse campo. Em todas essas matérias, eu perdi. Por sua vez, o Supremo Tribunal resistiu o que pôde a todas as inovações jurídicas, algumas das quais já, comentadas aqui neste depoimento, jogando um papel notadamente conservador” (SAMPAIO, 2002, p. 25).

maneira a camuflar o autoprivilegiamento, e estabelecendo claramente o alcance constitucional e legal do Estado autocrático” (MALTA; LEÓN, 2020, p. 51).

A democracia de cooptação, ainda que com contornos mais democráticos, seria uma espécie de “contrarrevolução a frio”. Seus objetivos, como descrevem Maria Malta e Jaime León, são os seguintes: “(...) transformar revolucionários em reformistas e garantir a absorção gradual e contínua dos elementos contraditórios surgidos na luta de classes no âmbito da sociedade política e da sociedade civil. Esta forma de democracia implica a corrupção 'intrínseca e inevitável' do sistema de poder” (MALTA; LEÓN, 2020, p. 52). Daí a proposição de Florestan, na visão dos autores, segundo a qual “(...) o Brasil estava diante de uma abertura de democracia de cooptação com intensificação da autocracia burguesa” (MALTA; LEÓN, 2020, p. 55).

As classes dominantes são divididas quanto às soluções essenciais da sociedade civil e do Estado, de forma explosiva, nas palavras de Florestan (2014a, p. 79)²⁴¹. Daí resulta que a Constituição instala um ciclo de compressão conservadora como reação a crises, com o fortalecimento do discurso da “defesa da ordem contra a anarquia”. Florestan colaciona dezenas de exemplos, da Independência à Nova República, que atestam sua observação de que a anarquia não vem de baixo, mas de cima: “Os que combatem a anarquia, na verdade geram a anarquia” (FERNANDES, 2014a, p. 81).

A participação estrangeira na composição burguesa conglomerada e as posições conservadoras nas relações e estruturas de poder emergentes constituem a classe dominante brasileira (FERNANDES, 2009, p. 106), com suas soluções autoritárias para crises econômicas (MALTA; LEÓN, 2017). Em *A deterioração do poder*, Fernandes (2014e) argumenta que o corte tecnocrático e a corrupção crescente

²⁴¹ “As classes burguesas estão no Brasil – como sempre estiveram – divididas quanto às soluções essenciais que dizem respeito aos dilemas postos pelo funcionamento da sociedade civil e pela organização do estado. Só que hoje essas divisões são claramente explosivas, porque o setor mais forte e decisivo da burguesia é o capital supranacional e uma internacionalização do modo de produção capitalista que a burguesia brasileira desejou e, hoje, não sabe como limitar ou deslindar. A tão orgulhosa ‘oitava economia do mundo’ regride ao crescer, porque os laços de dependência ocultam uma modalidade imprevisível de neocolonialismo. Não só nenhum setor da burguesia interna pode bater-se pela condução ou pela liderança dos demais estratos burgueses. A burguesia como um todo vacila diante do imperialismo da era atual e de sua multidiversidade destrutiva. Quando a hegemonia direta das classes dominantes atravessa a hegemonia dos partidos políticos da ordem, instalados no governo, ela desorienta a dominação de classe e desorganiza o governo. A sociedade civil eleva o seu potencial de barbárie e o governo se anula como vetor político da vontade coletiva das elites das classes dominantes, (...)” (FERNANDES, 2014a, p. 79).

do Estado, ao lado do renascimento de um fisiologismo cru, levarão o Estado brasileiro a fortalecer tendências à oligarquização e à autocratização²⁴².

Em *A Revolução Buguesa no Brasil*, sobre o período autocrático do regime militar, Florestan informa haver uma “máquina de opressão de classe institucionalizada”, na versão que coube ao Brasil do capitalismo, por ele denominado *capitalismo selvagem*²⁴³. A Constituição não encerra as questões da correlação de classes, mas sim as renova e agrava, ao abrir espaço para confrontos abertos. Ela abre uma nova era, entendida por Florestan como “(...) a forma tardia que a ruptura comparece no funcionamento e nos dinamismos da sociedade civil” (FERNANDES, 2014e, p. 299)²⁴⁴. A Nova República persiste e busca reforçar-se, portanto, no período pós-constitucional, com o objetivo de desconstitucionalizar a Constituição²⁴⁵.

O sociólogo paulista oferece importantes advertências sobre a correlação de forças inaugurada pela CRFB/1988. Ela põe em cena dois personagens vigorosos: o

²⁴² Na perspectiva de Florestan, as pressões políticas no Brasil levam da “conciliação” ao “endurecimento”. Em regra, “(...) a tendência predominante [é de] preservar o superprivilegiamento de classe, apesar (ou através) da constante reformulação constitucional das relações autocráticas e autoritárias” (FERNANDES, 2009, p. 105). “Na verdade, é impossível introduzir as ‘regras democráticas’, como se diz, se algumas classes aceitam a ordem social competitiva apenas onde ela favorece a continuidade de perturbadoras desigualdades sociais e a rejeitam onde admite pressões corretivas, fundadas no uso legítimo da competição e do conflito nas relações de poder entre as classes” (FERNANDES, 2009, pp. 104 e 105).

²⁴³ “O ‘capitalismo possível’ na periferia, na era da partilha do mundo entre as nações capitalistas hegemônicas, as ‘empresas multinacionais’ e as burguesias das ‘nações em desenvolvimento’ – um capitalismo cuja realidade permanente vem a ser a conjugação do desenvolvimento capitalista com a vida suntuosa de ricas e poderosas minorias burguesas e com o florescimento econômico de algumas nações imperialistas também ricas e poderosas. Um capitalismo que associa luxo, poder e riqueza, de um lado, à extrema miséria, opróbrio e opressão, de outro” (FERNANDES, 2005, p. 353 e 354, grifos do autor).

²⁴⁴ “A Constituição não representa o fim desse drama, mas o seu agravamento. Ela exige do aparelho do Estado, em todas as suas ramificações, um desempenho democrático que estas se revelaram incapazes de desempenhar. O corte tecnocrático somado a uma corrupção desbragada e ao renascimento do fisiologismo político mais cru inclina o aparelho do Estado a uma oligarquização e a uma autocratização piores que aquelas do regime ditatorial. Esperava-se, deste, que se voltasse, por natureza, por tais rumos. Nos dias que correm, cobram-se das aparências o fim dessa tragédia e o começo de um democratismo que não se confunda com a tolerância permitida e com a liberalização programada. A Constituição abre, portanto, espaço histórico, psicológico e político para confrontos abertos, por mais ásperos que eles sejam, nas relações entre as classes, as instituições, os interesses econômicos, culturais e sociais ou entre as pessoas. Inicia-se uma nova era e essa acaba sendo a forma tardia que a ruptura comparece no funcionamento e nos dinamismos da sociedade civil. A ordem terá de tremer, contudo não há outra maneira de sair do presente atoleiro” (FERNANDES, 2014e, p. 298 e 299).

²⁴⁵ “A ‘Nova República’ persiste e busca reforçar-se. O senso comum, os políticos otimistas e os meios de comunicação proclamaram que a promulgação da Constituição punha um fim à “transição”. O próprio presidente da República fez o juramento de praxe, pelo qual se obrigava a obedecer à nova ordem legal. Contudo, o governo tenta, por todas as vias ao seu alcance, ajustar a Constituição a ele próprio (e não o inverso)... O Consultor Geral da República (entenda-se: da “Nova República”) dita com clareza e coragem invejáveis: o seu propósito consiste em desconstitucionalizar a Constituição! Como não foi demitido e aprofunda e amplia a sua faina desconstitucionalizadora, não é preciso mais nada para saber-se em que direção caminha o governo: contra a constitucionalização da sociedade civil e do Estado” (FERNANDES, 2014c, p. 300).

Poder Judiciário e um conjunto de entidades da sociedade civil. Ainda assim, a Constituição não escapa ao descrédito popular e às decepções sucessivas com a democracia. Os problemas da transição pós-constitucional revelam a democracia restrita, no país e reavivam a convicção radical de que a revolução democrática, no sentido proposto por Fernandes (2014c, p. 302), só se dará contra a ordem²⁴⁶.

A introdução do neoliberalismo na Constituição Federal é tema de pesquisa de Souto Maior (2017, p. 360), que analisa artigos publicados pela Revista LTr em 1987 e nos anos seguintes. Os principais tópicos abordados são a estabilidade no emprego, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), as soluções extrajudiciais para resolução de conflitos, como a negociação coletiva e a arbitragem, as novas tecnologias e as relações de emprego, revelando uma certa persistência da temática contratual nas intenções neoliberais.

A interpretação neoliberal da Constituição, após sua promulgação, trata de buscar “desdizê-la”. Essa reversão do sentido originário da Constituinte pode ser ilustrada pelo texto de Amauri Mascaro Nascimento, que afirma que o “sentido da Constituição” é a valorização das negociações coletivas, baseada na autonomia privada coletiva (SOUTO MAIOR, 2017, p. 373). Gera apreensão a posição de Luiz Carlos Robortella, que afirma estar inscrito na Constituição a ideia de flexibilidade, e não de irrenunciabilidade, no art. 7º, VI²⁴⁷. Também Romita defende a ideia de que a Constituição teria abarcado o princípio da flexibilização (SOUTO MAIOR, 2017, p. 378). Nas palavras de Souto Maior:

A voz corrente, quase sem contestação, foi a de que a Constituição de 1988 acolheu o princípio da flexibilização, como forma de conduzir as relações de trabalho no Brasil ao nível da ‘modernidade’, necessária para a superação do momento de ‘crise econômica’. (...) Do conjunto dos textos o que se verifica é quase uma disputa para ver

²⁴⁶ “Por fim, temos de levantar todo o véu: o descrédito popular. Os trabalhadores livres semilivres, do campo e das cidades, terão decepções sucessivas. O cumprimento da Constituição fica largado ao arbítrio dos dois poderes citados, o Judiciário e o Executivo, dos vários escalões de burocratas e tecnocratas civis e militares, das elites econômicas, políticas e culturais das classes dominantes. (...) A oscilação, portanto, prejudica desproporcionalmente os mais fracos e ajuda a preservar intacta a violência institucional dos de cima e a fraqueza relativa dos de baixo. Ela é uma manifestação do esporte burguês do ‘deixa tudo como está para ver como fica’... Uma demonstração suave que até a omissão é uma arma de luta política nas mãos da burguesia, de seus políticos profissionais e de seus agentes no governo. Ora, a Constituição voltava-se contra essa erva daninha da antidemocracia (que, pelo avesso, reflete a democracia restrita, que se esconde por trás de um ritual eleitoral massivo). Ela visava desatar a participação popular e gestar um polo popular de poder político. A continuidade da ‘transição’ aniquila essa aspiração coletiva e reaviva a convicção radical de que a revolução democrática não passa por dentro da ordem” (FERNANDES, 2014c, p. 302).

²⁴⁷ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...) VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

quem consegue atingir uma interpretação mais restritiva dos direitos constitucionais trabalhistas (SOUTO MAIOR, 2017, p. 377).

Do ponto de vista dos dispositivos constitucionais trabalhistas, Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1995, p. 40) destacam que “muitos dos preceitos contidos na Constituição de 1988 já estavam acolhidos na legislação ordinária” e outros não foram regulamentados. Talvez por essa razão, passados 30 anos da promulgação da Constituição da República, ela “continua sendo interpretada conforme a Consolidação das Leis do Trabalho”, em inversão sublinhada por Aldacy Coutinho (2016, p. 227).

Uma observação atenta da Constituição da República, como a realizada por Godinho Delgado (2019, p. 133), reforça os argumentos de Gomes, Gottschalk e Coutinho, para destacar que o texto constitucional preserva contradições antidemocráticas da sociedade que afirmava superar. Entre elas, tem especial relevância a manutenção das estruturas fundamentais do Direito Coletivo do Trabalho, inclusive com o reforço da representação corporativa classista na Justiça do Trabalho²⁴⁸.

Conhecidas dimensões teóricas e concretas do constitucionalismo social no Brasil, foram destacados aspectos da correlação de forças que se expressou no Congresso Constituinte, como a ampla participação popular e os limites de sua dinâmica interna. Com a promulgação da CRFB/198, a democracia de cooptação se renova. A unicidade sindical ter recebido votação de ampla maioria na Constituinte indica como o modelo é valorizado pela classe dominante e relativamente consensual entre suas frações majoritárias. Igualmente foi mantido o juiz classista, com forte resistência à sua superação, como descreveu Sampaio (2002). Não cumpre papel menor, nesse sentido, que o Direito do Trabalho tenha se mantido fortemente ligado à legislação ordinária e à sua maleabilidade.

A persistência de componentes corporativos do Direito Coletivo do Trabalho revela traços potencialmente regressivos da estrutura sindical imposta pelo Estado brasileiro. Como se buscará demonstrar no Capítulo 2, o corporativismo se renova no período recente, quando o tema da autonomia coletiva da vontade ganha centralidade, em razão de decisões judiciais do STF realizadas a partir do ano de 2014.

²⁴⁸ “Trata-se, em suma, do preceito que mantém a unicidade e o sistema de enquadramento sindical (art. 8º, II, CF/88); do preceito que reconhece a validade da contribuição sindical obrigatória, de origem legal (art. 8º, IV, *in fine*, CF/88); dos preceitos originais de 1988 que mantinham – e até reforçavam – a representação corporativa classista na Justiça do Trabalho (antiga redação dos artigos 111, 112, 113, 115 e 116 da CF/88); do preceito constitucional original de 1988 que mantinha amplo poder normativo judicial como concorrente estatal para a negociação coletiva trabalhista (antigo texto do art. 114, §2º, CF/88)” (DELGADO, 2019, p. 133).

1.2.2 Ilegalidades e antinomias do constitucionalismo

A teoria clássica do contrato típico de emprego não é suficiente para apreender a realidade da classe-que-vive-do-trabalho no Brasil. Como se descreveu, os conceitos se encontram fora do lugar, pois a teoria jurídica postula unificação do objeto contratual, quando a sua diversificação é crescente em normas legais. O enquadramento jurídico das relações de trabalho, nesse sentido, revela modificações informais da Constituição, mutações constitucionais, pois a Constituição Federal não teve alterado o artigo 7º e, no entanto, a regra se tornou exceção.

O Estado realiza um esforço de normatividade sobre a sociedade, como afirmou Francisco de Oliveira (2003), em que o planejamento tenta “enquadrar a exceção”, mas isso nem sempre é possível. O fundamento da relação entre Estado e sociedade, na teoria liberal, postula harmonia total de finalidades estatais, com base na “natureza humana”, e mantém ocultos elementos e contradições essenciais dessa relação, em especial a total anarquia dos meios para atingir as finalidades.

a) Estado e poder da legalidade

A raiz da reflexão desta tese tem fundamento em Mészáros (2015), que relata:

Assim, *Deus ex machina*, o Estado foi inventado para transformar ‘anarquia em harmonia’ (para harmonizar a anarquia dos meios com o postulado, que confunde realidade com desejo, da harmonia das finalidades), reconciliando o violento antagonismo dos dois fatores *naturais* – “natureza humana” e escassez material – graças à absoluta permanência de seu próprio ‘artifício’, para utilizar uma expressão de Marx. O fato de que a ‘natureza humana’ estipulada fosse somente um pressuposto egoísta e a ‘escassez’ uma categoria inerentemente *histórica* tinha de permanecer oculto na teoria liberal sob as múltiplas camadas de *circularidade*. Foi esta última que permitiu aos representantes do liberalismo moverem-se com liberdade, para frente e para trás, e a partir das premissas arbitrárias, estabelecendo sobre os fundamentos apriorísticos de tal circularidade ideológica a ‘eterna legitimidade’ do Estado Liberal em direção às conclusões almejadas. (MÉSZÁROS, 2015, p. 136).

É certo que o autor húngaro critica a noção desigual de dever, oriunda do egoísmo liberal “estipulado”, ou seja, criado por meio de uma noção normativa de natureza humana. Esta noção procedural, a-histórica, formalística do dever, de origem kantiana, tem como sentido a busca por uma “segurança ontológica”: “a fim de nos orientarmos no pensamento e na ação, escapando do relativismo moral, seria necessário

algo como uma capacidade *a priori* de distinguir o bem e o mal, assim como uma vontade livre, purificada de todo móbile do egoísmo” (SAFATLE, 2013, p. 74).

Para Mészáros (2015), Hegel foi o mais inventivo entre os autores da tradição liberal, o que ocorreu devido ao período histórico em que o autor alemão viveu, marcado por uma “(...) forma aguda de explosão dos antagonismos sociais – da Revolução Francesa às guerras napoleônicas e à aparição do movimento da classe trabalhadora como uma força hegemônica que visa seu próprio modo de controle sociometabólico (...)” (MÉSZÁROS, 2015, p. 138). Marx (2005) destaca que Hegel realiza a mais profunda e completa crítica da filosofia alemã do direito e do Estado, “ao mesmo tempo como a análise crítica do Estado moderno e da realidade a ele associada e como a negação definitiva de todas as anteriores *formas de consciência na jurisprudência e na política alemã* (...)” (MARX, 2005, p. 151, grifos do autor).

Nesse momento de transição, era impossível ocultar os problemas e contradições de sua época histórica²⁴⁹, o que Hegel teria “resolvido”, segundo o autor húngaro, “(...) graças aos *círculos duais* que se interconectam da ‘sociedade civil/Estado político’ e ‘Estado político/sociedade civil’, com sua *pressuposição* e sua *derivação* recíprocas, e com o capital no âmago de ambos” (MÉSZÁROS, 2015, p. 145). O Estado, na teoria hegeliana, “aparece, pois, como forma que organiza um conteúdo informe” (LEFEBVRE, 1968, p. 98). Conceber o Estado como forma organizadora tem como consequência considerá-lo em uma relação de mediação, e não de oposição, com os estados, no plural e sem letra maiúscula²⁵⁰.

Trata-se de uma circularidade concêntrica dual, entre sociedade civil e Estado Político. Na *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*²⁵¹, Marx realiza a tarefa da

²⁴⁹ “A abstração e a presunção da sua filosofia seguia lado a lado com o caráter unilateral e atrofiado da sua realidade. Se, pois, o *status quo* do *sistema político alemão* exprime a *consumação* do *ancie régime*, o cumprimento do espinho na carne do Estado moderno, o *status quo* da *ciência política alemã* exprime a *imperfeição do Estado moderno* em si, a degenerescência da sua carne” (MARX, 2005, p. 151, grifos do autor).

²⁵⁰ Para Hegel, os estados, com minúscula, referem a profissões, corporações e demais grupos parciais, como a família e a cidade (LEFEBVRE, 1968, p. 99).

²⁵¹ A obra de Marx é, muitas vezes, lembrado como um texto de juventude, no qual ainda não aparece a crítica da economia política. Esta tese rejeita a cisão entre um Marx da juventude e um Marx da maturidade. Apresentam-se notas sobre o texto a partir do objetivo exposto pelo autor: a denúncia por meio da crítica, e não a crítica em si mesmo como “sistema” completo. Nas palavras de Marx (2005, p. 147): “A crítica já não é fim em si, mas apenas um meio; a indignação é o seu modo essencial de sentimento, e a denúncia sua principal tarefa”. Sobre o mesmo tema, em outro trecho sobre o objetivo da obra: “(...) a *tarefa da história*, depois que o *outro mundo da verdade* se desvaneceu, é estabelecer a *verdade deste mundo*. A *tarefa* imediata da *filosofia*, que está a serviço da história, é desmascarar a auto-alienação humana nas suas *formas não sagradas*, agora que ela foi desmascarada na sua *forma sagrada*. A crítica do céu transforma-se deste modo em crítica da terra, a *crítica da religião* em *crítica do direito*, e a *crítica da teologia* em *crítica da política*” (MARX, 2005, p. 146).

denúncia crítica e analisa como se conectam as diferentes esferas da vida social, com uma “pressão sufocante” de umas sobre as outras, o que se revela no “(...) mau humor universal, mas passivo, a estreiteza de espírito complacente, mas que se ilude a si própria; tudo isso incorporado num sistema de governo que vive pela conservação da insignificação que é a própria *insignificância no governo*” (MARX, 2005, p. 147).

O capital está no centro da sociedade e no centro do Estado. O sujeito contratual não está posto perante o nada; a relação de trabalho interfere na sua personalidade e tempo, atravessando o objeto contratual por deveres e obrigações duradouras, estabelecidas pelo poder empregatício. A identidade individual e coletiva do trabalho é constituída pela relação de dominação e pela rebeldia com que são conduzidos deveres contratuais. Não há lugar para a igualdade no contrato de trabalho, em que a obrigação instala e explicita a desigualdade.

Mészáros compara o método legalista dos juristas em relação ao casamento com o método legalista dos juristas em relação ao contrato de trabalho. No caso do casamento, a lei considera que mulheres são iguais aos homens e, por isso, podem casar-se contratualmente, expressando uma vontade de igual valor jurídico. Do fato de que o casamento deve ser 'contratado' espontaneamente para ser 'legal' decorre uma conclusão legalista, segundo a qual na situação de casados não haveria nada para contestar em relação à desigualdade de gênero e às violências "contratuais"²⁵². Também no contrato de trabalho, segundo esse raciocínio, o legalismo é uma forma de mostrar ao trabalhador como deve agir nessa sociedade de *iguais*: o contrato só é *legal* se for firmado espontaneamente, ou seja, livremente. A lei legitima o poder empregatício e segue afirmando as partes como iguais, enquanto perdurar o contrato.

Cuida-se, aqui, daquilo que Marx qualifica como o *ridículo* de Hegel²⁵³, quando “parte do Estado e faz do homem o Estado subjetivado; [ou quando] a

²⁵² “Naturalmente, os nossos juristas acreditam que o progresso na legislação está deixando as mulheres sem mais nenhuma base para reclamações. Os modernos sistemas civilizados da lei cada vez mais admitem, em primeiro lugar, que para um casamento ser legal deve ser firmado um contrato em que as duas partes entram espontaneamente e, segundo, também que no estado de casados os dois parceiros devem ter as mesmas condições de direitos e deveres iguais. Se essas duas exigências forem solidamente cumpridas, dizem os juristas, as mulheres têm tudo o que possam pedir.” (MÉSZÁROS, 2011b, p. 277).

²⁵³ Neste ponto, tem-se a crítica do parágrafo 277 dos Princípios da Filosofia do Direito de Hegel, conforme citado por Marx (2005, p. 42, grifos do autor): “§ 277. As funções e atividades particulares do Estado *lhe são próprias* como seus momentos essenciais. Conduzidas e exercidas pelos *indivíduos*, elas não são vinculadas a eles em razão de sua personalidade imediata, mas apenas por suas qualidades universais e objetivas e, portanto, estão unidas à sua personalidade particular como tal de uma maneira exterior e acidental. As funções e atividades estatais não podem, por isso, ser *propriedade privada*”. Na tradução brasileira do texto, realizada pela Martins Fontes, tem-se o seguinte texto: “277 - b) As diferentes funções e atividades do Estado pertencem-lhe como momentos essenciais e são inerentes às universais e

democracia parte do homem e faz do Estado o homem objetivado. (...) O homem não existe em razão da lei, mas a lei existe em razão do homem, é a *existência humana*, enquanto nas outras formas de Estado o homem é a *existência legal*” (MARX, 2005, p. 50, grifos do autor).

Esta circularidade é falsa porque “as funções e atividades do Estado estão vinculadas aos indivíduos (o Estado só é ativo por meio dos indivíduos), mas não ao indivíduo como indivíduo *físico* e sim ao indivíduo *do Estado*, à sua *qualidade estatal*”. O vínculo entre indivíduo e Estado não é “exterior e acidental”, mas substancial, “um *vinculum substantiale*, por uma qualidade essencial do indivíduo” (MARX, 2005, p. 42). Nas palavras de Marx (2005, p. 42, grifos do autor):

A essência da ‘personalidade particular’ [do indivíduo] não é sua barba, o seu sangue, o seu físico abstrato, mas sim a sua *qualidade social*, e que as funções estatais etc. são apenas modos de existência e de atividade das qualidades sociais do homem. Compreende-se, portanto, que os indivíduos, na medida em que estão investidos de funções e poderes estatais, são considerados segundo suas qualidades sociais e não segundo suas qualidades privadas.

No parágrafo 278 dos *Princípios da Filosofia do Direito*, Hegel (1997) desenvolve uma idealidade do Estado, que aparece de dupla maneira. A primeira maneira indica a ideia de que a “realidade própria” do Estado se releva apenas na situação de guerra ou de urgência, ao contrário da segunda maneira, considerada uma situação pacífica, em que *reina a lei*, a unidade do Estado e, portanto, sua soberania²⁵⁴.

Nessa situação, o Império da Lei se configura como uma “idealidade das esferas e funções particulares, pelo qual uma tal esfera não é independente e autônoma

objetivas e, embora se liguem, à personalidade particular como tal de um modo exterior e contingente. As funções e os poderes do Estado não podem, pois, constituir uma propriedade privada” (HEGEL, 1997, p. 252).

²⁵⁴ “§278. (...) Caracteriza o despotismo aquela ausência de lei em que a vontade particular enquanto tal seja a de um mo narca, seja a de um povo, vale como lei ou, antes, vale em lugar da lei. Pelo contrário, no Estado constitucional legal, a soberania representa o que há de ideal nos domínios e atividades particulares; isso significa que tal domínio não é algo de autônomo e independente nos seus fins e modalidades, de fechado em si mesmo, pois nos seus fins e modalidades é definido pelos fins do conjunto (que em geral são designados, numa expressão vaga, por bem do Estado). Manifesta-se esta idealidade de duas maneiras: no estado de paz, os diversos domínios e as atividades particulares prosseguem o seu caminho em vista da realização dos seus fins particulares, e há, de um lado, a simples necessidade inconsciente que transforma o trabalho em que cada um põe o seu interesse num contributo para a recíproca conversão e para a conservação do todo (§ 183a); de outro lado, há a ação direta do poder que continuamente os chama ao interesse geral e, por conseguinte, os limita (cf. O poder do Governo, § 289s) e lhes impõe prestações diretas para a conservação. Mas num estado de perturbação, quer de origem interna, quer de origem externa, é a soberania que dita o conceito simples no qual se reúne o organismo que existe pelo sacrifício daquilo que, em outras ocasiões, é justificado. É, pois, aí que o idealismo do Estado alcança a realidade que lhe é própria (cf. mais adiante § 321a)” (HEGEL, 1997, 253 e 254).

em seus fins e modos de atuação e centrada apenas em si mesma, mas é determinada, nesses fins e modos de atuação, pelo *fim do todo*”²⁵⁵.

Ao comentar este parágrafo, Marx (2005, p. 43) denuncia que “(...) sua situação ‘pacífica’ [do Estado] é precisamente a guerra e a urgência do egoísmo”. Isso acontece porque Hegel adota uma lógica abstrata para explicar a razão da constituição, e não o conceito de Estado. “Em lugar do conceito da constituição, obtemos a constituição do Conceito. O pensamento não se orienta pela natureza do Estado, mas sim o Estado por um pensamento pronto” (MARX, 2005, p. 40).

A crítica marxiana do Estado em Hegel destaca, assim, a falsidade da mediação ou conciliação entre o Estado e os estados, que deixa a oposição e o antagonismo em segundo plano. Segundo Lefebvre (1968, p. 100), Marx leva a dialética hegeliana mais longe do que o próprio autor e demonstra como as contradições existem inclusive no interior do Estado. A figura de um movimento em *espiral* para as relações sociais, proposta por Kergoat (2010) e explorada na seção anterior, diferencia-se da circularidade hegeliana e oferece outra forma de interpretar a relação entre Estado e sociedade civil.

A expressão do *poder de legalidade* do Estado, que o coloca *acima da lei* e, portanto, permite-lhe legitimar ilegalidades, tem como objetivo fornecer uma alternativa à ideia weberiana de que a violência estatal é legítima, dada pelo monopólio da violência, o que impossibilitaria uma *responsabilização* pelos atos espoliativos de autoria de governos no exercício do poder estatal (MÉSZÁROS, 2015, p. 52). Ou seja, o furto privado é criminalizado pelo Código Penal; o furto público, dado o poder de legalidade estatal, encontra legitimidade na própria teoria do Estado de Direito, que não apresenta controles ou personificações de responsabilidade pela violência contida na ilegalidade estatal.

Em uma palestra proferida em agosto de 2009, na Universidade Federal do Rio de Janeiro, Mézáros (2009) desenvolveu uma caracterização de contínua expansão e impossibilidade de restrição, entre as dimensões da base material e da estrutura político-legal do sistema sociometabólico do capital:

Na verdade as dimensões reprodutiva material e político-legal do sistema possuem uma relação das mais paradoxais. Pois elas contribuem poderosamente através de suas trocas históricas recíprocas para a imensa expansão uma da outra e, desse modo, delas

²⁵⁵ Trecho citado por Marx (2005, p. 42), sobre o mesmo parágrafo antes citado pela tradução brasileira da obra de Hegel (1997). Não há correspondência exata entre os textos e, por isso, optou-se por indicar a nova tradução do texto marxista, que cita Hegel de forma mais precisa.

mesmas também, mas elas são totalmente incapazes de exercer um impacto restritivo significativo uma sobre a outra, menos ainda sobre si mesmas (MÉSZÁROS, 2009).

O crescimento do Estado se combina à sua função de realizar *ajustes corretivos* nas crises, pelos quais torna a antiga *anormalidade* uma nova *normalidade híbrida*. Como desenvolve o autor, em *Produção Destrutiva e Estado Capitalista*:

Desta maneira, a antiga 'anormalidade' das crises - que se alternava em períodos mais longos de ininterrupto crescimento e desenvolvimento produtivo - sob as condições atuais pode se converter em doses diárias menores na normalidade do 'capitalismo organizado'. (...) Há que admitir que, enquanto a relação atual entre os interesses dominantes e o estado capitalista prevalecer e impuser com sucesso suas demandas à sociedade, não haverá grandes tempestades a intervalos razoavelmente distantes, mas precipitações de frequência e intensidades crescentes por todo lugar (MÉSZÁROS, 1996, p. 141).

Daí decorre o que o autor denominou uma selva legislativa cada vez mais densa (*capitalist state's ever more dense legislative jungle*). A citação longa se justifica pelo seu conteúdo:

Compreensivelmente, aquele relacionamento simbiótico pode ser, e frequentemente também acontece ser, administrado com práticas absolutamente corruptas pelas personificações privilegiadas do capital, tanto nos negócios como na política. Pois, não importa quão corruptas possam ser tais práticas, elas estão plenamente em sintonia com os contra-valores institucionalizados da ordem estabelecida. E – dentro da estrutura da simbiose prevalecente entre o campo económico e as práticas políticas dominantes – eles são legalmente bastante permissíveis, graças ao mais dúbio e muitas vezes mesmo claramente anti-democrático papel facilitador da selva legislativa impenetrável proporcionada pelo estado também no domínio financeiro. A fraudulência, numa grande variedade das suas formas práticas, é a normalidade do capital. As suas manifestações extremamente destrutivas não estão de modo algum confinadas à operação do complexo militar-industrial. Nesta altura o papel directo do estado capitalista no mundo parasitário das finanças é não só fundamentalmente importante, em vista da sua grandeza que tudo permeia, como tivemos de descobrir com chocante clareza durante as últimas semanas, mas também potencialmente catastrófico. O facto embaraçoso é que companhias hipotecárias gigantes dos EUA, como a Fannie Mae e o Freddie Mac, foram corruptamente apoiadas e generosamente abastecidas com garantias altamente lucrativas mas totalmente imerecidas pela selva legislativa do Estado americano em primeiro lugar, bem como através de serviços pessoais de corrupção política não punida. Na verdade, a cada vez mais densa selva legislativa do estado capitalista passa por ser o legitimador "democrático" da fraudulência institucionalizada nas nossas sociedades (MÉSZÁROS, 2008).

O autor afirma que a fraudulência, “numa grande variedade das suas formas práticas”, é normalidade do capital. As leis estatais se configuram como o legitimador “democrático” de uma fraude institucionalizada. Este aspecto, em especial, que observa a fraude como normalidade, uma espécie de *híbrido regressivo*, interessa à construção do conceito de ilegalidades constitucionais do trabalho.

Para fornecer concretude à sua categoria, Mészáros analisa, em *A Montanha que Devemos Conquistar*, no qual reuniu ensaios sobre teoria do Estado, como o poder de legalidade pode agir inclusive de forma *ilegal*, o que ilustra com documentos secretos do governo de Margaret Thatcher, divulgados em 2014, por conta da “regra dos 30 anos”, que manteve os documentos em situação de ocultamento legalizado desde a década de 1980.

Ao analisar os documentos, o autor húngaro observou a existência de mentiras realizadas sistematicamente pelo governo inglês sobre questões contestadas à época. Entre elas, destacam-se “(...) a política secreta já adotada do fechamento de 75 minas de carvão e o desemprego em massa como resultado necessário dessa decisão”, bem como a ordem, dada pelo governo de Thatcher à força policial, “(...) para intervir de maneira ilegal e violenta contra os mineiros em greve prolongada” (MÉSZÁROS, 2015, p. 57).

Observe-se a afirmação de Hegel, no parágrafo 298 dos *Princípios da Filosofia do Direito*, segundo a qual o Poder Legislativo é parte da Constituição. Seu argumento permite ressaltar que o Poder Legislativo também é anterior e exterior à Constituição. Marx (2005) descreve com precisão a contradição decorrente desse raciocínio:

A colisão é simples. O *poder legislativo* é o poder de organizar o universal. É o poder da constituição. Ele ultrapassa a constituição. Mas, por outro lado, o poder legislativo é um poder constitucional. Ele está, portanto, subsumido à constituição.

A constituição é *lei* para o poder legislativo. Ela *deu* leis ao poder legislativo e lhas dá continuamente. O poder legislativo só é poder legislativo no interior da constituição e a constituição estaria *hors de loi* [fora da lei] se estivesse fora do poder legislativo. *Voilà la collision* [E nisso está a contradição].

(...) Quer dizer, portanto: diretamente, a constituição se encontra fora do domínio do poder legislativo, mas, indiretamente, o poder legislativo modifica a constituição. Ele faz, por um desvio, o que ele não pode e não deve fazer pela via direta. Ele a decompõe *em détail*, porque não pode modificá-la *en gros* [na realidade]. Faz segundo a natureza das coisas e das relações o que não devia fazer segundo a natureza da constituição. Faz *materialmente, de fato*, o que ele não faz *formalmente, legalmente*, constitucionalmente (MARX, p. 73 e 74, grifos no original).

Como examina Marx, Hegel não supera a antinomia presente na relação entre lei e constituição: transforma uma antinomia em outra, pondo em contradição a atividade e a determinação constitucionais do Poder Legislativo. Uma contradição entre o “agir de fato” e o “agir legal” ou “(...) entre o que o poder legislativo deve ser e o que ele realmente é, entre o que ele crê fazer e o que ele faz realmente” (MARX, 2005, p. 74).

Nesse sentido, cita trecho de Hegel²⁵⁶ e, na sequência, conclui Marx sobre o pensamento do autor: “Equivale a dizer que a constituição *é* segundo a lei (a ilusão), mas vem-a-ser segundo a realidade (a verdade)” (MARX, 2005, p. 74, grifos do autor), para depois concluir sobre a natureza da Constituição e da sua relação com o Poder Legislativo: “A colisão entre a constituição e o poder legislativo é apenas um *conflito da constituição consigo mesma*, uma contradição no conceito da constituição” (MARX 2005, p. 76, grifos do autor).

Trata-se de acompanhar o que há de mais profundo em Hegel, sem desatentar para o que existe de falso nessa profundidade, conforme Marx (2005, p. 93, grifos do autor): “O mais profundo em Hegel é que ele percebe a separação da sociedade civil e da sociedade política como uma *contradição*. Mas o que há de falso é que ele se contenta com a *aparência* dessa solução e a faz passar pela coisa mesma (...)”.

A coisa mesma, a sociedade civil e a sociedade política, são separadas porque “(...) exprimem uma *consequência* da sociedade moderna: nesta, o elemento *político-estamental* não é, precisamente, outra coisa senão a expressão fática da relação real de Estado e sociedade civil, a sua *separação*” (MARX, 2005, p. 93, grifos do autor). Em um contexto mais amplo, deve-se observar que o Estado Político pode fazer crescerem direitos e, ainda assim, não estar buscando interesses de igualdade ou antidiscriminatórios, pois o Estado está acima da lei, como afirmou o autor húngaro.

Trata-se de destacar que Estado de Direito tem um lado obscuro, do saque, da fraude, como suporte crítico da pilhagem realizada pelo colonialismo e pelo imperialismo, em imagem que se distingue frontalmente da de democracia, no sentido desenvolvido por Mattei e Nader (2013): “As potências coloniais (...) valem-se do Direito para diminuir a resistência à pilhagem total, buscando legitimidade para a

²⁵⁶ “A constituição deve ser, em si e para si, o solo firme, vigente, sobre o qual está assentado o poder legislativo e, por isso, ela não pode, portanto, estar apenas feita. Assim, a constituição *é*, mas também *vem-a-ser* essencialmente, quer dizer, ela progride em sua formação. Este progredir é uma **modificação**, que é **ão aparente** e que não tem a **forma de modificação**” (HEGEL *apud* MARX, 2005, p. 74, grifos do autor).

atividade exploratória. Elas usam a propaganda e interpretam o Direito pelo prisma de uma civilização superior, reivindicando recursos como uma questão de direito (...)” (MATTEI; NADER, 2013, p. 45).

As técnicas por meio das quais a pilhagem acontece, segundo os autores, são cada vez mais fortes e sofisticadas; ora se disfarçam sob a legalidade do Estado de Direito, outras vezes usam o poder de forma mais explícita²⁵⁷. Como destacam, sobre a pilhagem histórica:

A pilhagem é um aspecto tão onipresente na história do capitalismo global que os lucros mal adquiridos que deveriam ser restituídos desafiam a imaginação. Há alguns anos, o economista E. Mandel tentou fazer um cálculo, acrescentando apenas alguns desses fatores: o valor do ouro e da prata roubados da América Latina até 1660, o valor da pilhagem realizada pela Companhia das Índias Orientais na Indonésia, entre 1650 e 1780, tudo que foi usurpado pelos franceses durante o comércio de escravos e os lucros de mais de cinquenta anos de pilhagem britânica na Índia. A quantia superava o investimento total em todas as empresas europeias operadas por energia a vapor em 1800. Embora esses números confirmem a conclusão histórica de que o capitalismo se desenvolveu *por meio da pilhagem*, o julgamento legal desses crimes seria difícil de imaginar, inclusive em tribunais dos Estados Unidos que, como sabemos (ver Capítulo 6), não relutam em julgar a história (MATTEI; NADER, 2013, p. 355).

Mattei e Nader (2013) destacam também casos contemporâneos. A Nigéria, por exemplo, tem 70% da população, composta por 125 milhões de pessoas, em nível abaixo da subsistência. Para explicar que esses números não mudaram após a descoberta do petróleo, na perspectiva dos autores, é essencial recuperar a noção de pilhagem, saque, roubo, como dinâmica inerente ao Estado de Direito contemporâneo²⁵⁸.

²⁵⁷ Os autores realizam a seguinte definição do termo pilhagem: “Uma definição bem ampla de ‘pilhagem’ seria a distribuição injusta de recursos praticada pelos fortes à custa dos fracos. O que fazemos, porém, é depurar essa abordagem da questão, de modo que nela sejam incluídas noções de legalidade e ilegalidade. De maneira mais específica, depurá-la até o ponto em que crianças morrem de fome em meio a cenas de violência catastrófica enquanto, a milhares de quilômetros dali (ou mesmo a poucos quilômetros de distância, se considerarmos as privações a que são submetidas as crianças do Vale Central da Califórnia, sem nenhuma cobertura de seguros, por serem consideradas imigrantes ‘ilegais’), outros jovens e crianças desfilam em carros esportivos e em utilitários que pesam toneladas e consomem enormes quantidades de combustível. Façamos agora a relação entre essas duas cenas e chegaremos à sua síntese: pilhagem. Pensemos também naquele agricultor que perdeu o direito ‘legal’ de usar sementes que ele e seus antepassados plantaram ao longo de séculos e tracemos uma linha que se estende dessas sementes aos obscenos lucros obtidos atualmente por seus novos proprietários empresariais, e mais uma vez teremos chegado a outra acepção do termo ‘pilhagem’” (MATTEI; NADER, 2013, p. 17 e 18).

²⁵⁸ “(...) [Na Nigéria,] esses números [sobre 70% da população abaixo da subsistência] não mudaram depois da descoberta de petróleo (...), que foi saqueado pelo capital ocidental e seus por seus aliados locais. Segundo o conceito dominante do Estado de Direito, não só essa dinâmica social de exploração grosseira é perfeitamente legal como também deve ser estimulada por todas as políticas de privatização e de ‘ajuste estrutural’, ou, como se diz de algum tempo para cá, de ‘desenvolvimento abrangente’” (MATTEI; NADER, 2013, p. 358 e 359).

Sobre os saques, pilhagens ou ilegalidades da atualidade, Raquel Varela destaca que o fundo social acumulado nos Estados se tornou objeto central de disputas. Nelas, não se expressam desregulação ou diminuição estatal, mas um novo tipo de intervenção, em que o salário social é transferido para formas de lucro privadas: “(...) o Estado tem tido um papel central nesta reconfiguração histórica do mercado de trabalho, sendo cada vez mais um Estado interventor e não um Estado liberal, ou neoliberal, ou ainda desregulador” (VARELA, 2015, p. 23).

O argumento chave da autora, com efeito, é de que o Estado age nas relações privadas, não para proteger o trabalhador, mas para retirar parte significativa do salário e constituir, com ele, uma estrutura material que, ao contrário da suposta finalidade de árbitro entre partes desiguais: “[O Estado atua] (...) através de múltiplas medidas, desiguais e com ritmos diferentes, mas com uma direção comum: destruir o salário social e, portanto, fazer incidir a acumulação de lucro sobre o trabalho necessário (reprodução da força de trabalho), e não só sobre o trabalho excedente” (VARELA, 2015, p. 29).

Viu-se, anteriormente, que a teoria do contrato de trabalho permite apresentá-lo como uma relação de poder, em que o tempo de vida, a privacidade e a identidade do trabalhador são o objeto contratual. Cuidou-se de observar que o corpo do sujeito foi retirado do direito proprietário, para que a pessoa pudesse surgir, relacionar-se contratualmente e ser protegida pelo ordenamento jurídico. Mas o capital avança sobre a personalidade do trabalhador. O poder de legalidade estatal utiliza, portanto, técnicas diferenciadas sobre a relação capital-trabalho: ora técnicas de exploração, ora técnicas de mercantilização.

Como visto, porque vigora a democracia restrita brasileira, o Estado avança em direção ao objeto do contrato, espolia a privacidade e o corpo, expande a exploração sobre o tempo de vida, subverte e recostura a identidade individual e coletiva do trabalhador, tudo por meio do seu poder de legalidade. Como afirma o poeta húngaro Attila József, lembrado por Mészáros (2007, p. 26 e 27): “a matéria real nos criou/ despejando-nos ferventes e violentos/ nos moldes desta/ sociedade horrível,/ para fincar-mos, pela humanidade,/ no solo eterno/ Por trás dos sacerdotes, dos soldados e dos burgueses,/ ao fim nos tornamos fiéis/ cumpridores das leis:/ por isso o sentido de toda obra humana/ ressoa em nós/ como um violão”.

b) Um desenho institucional discriminatório do tempo e da privacidade

Denominam-se *ilegalidades constitucionais do trabalho*, nesta tese, as situações em que o *poder de legalidade* do Estado fornece permissividade à expansão da relação desigual de poder, já existente nas relações de trabalho e inclusive de emprego, ainda antes das transformações recentes do Estado brasileiro. Este conceito se expressa no contrato de trabalho e será desenvolvido, no sentido de *ilegalidades expandidas*, no Capítulo 2.

Esta extensão desigual do poder se realiza por meio de discriminação institucional, presente no desenho das contraturalidades do trabalho realizado na Constituição Federal²⁵⁹. A expressão discriminação indireta (*disparate impact*) tem sua gênese no direito estadunidense e uma definição pode ser colhida no caso *International Brotherhood of Texas v. United States*, julgado pela Suprema Corte dos EUA, conforme trecho da decisão traduzido por Rios (2008, p. 110):

Pleitos de *disparate treatment* podem ser distintos de pleitos que enfatizam *disparate impact*. O último envolve práticas empregatícias que são facialmente neutras no tratamento dos diferentes grupos mas que de fato incidem mais duramente sobre um grupo que outro e não podem ser justificadas pelas necessidades do negócio. Comprovação de motivação discriminatória, nós temos decidido, não é requerida sob a teoria do *disparate impact*.

O precedente judicial emblemático sobre a modalidade indireta de discriminação também envolvia Direito Laboral. Como descreve Rios (2008), trata-se do caso *Griggs v. Duke Power*, no qual se discutiu a legitimidade de exigência de requisito escolar ou de pontuação em teste de inteligência para contratação ou promoção de trabalhadores e trabalhadoras em empresas. Sustenta-se que os requerimentos, “ainda que neutros em face do critério racial, resultava em discriminação proibida, uma vez que uma porcentagem muito mais elevada de negros era reprovada” (RIOS, 2008, p. 121). A Suprema Corte decide, então, com base no Título VII do *Civil Rights Act*, “pela ilegitimidade dos testes, dado seu caráter discriminatório quanto aos resultados objetidos, isto é, em face do impacto racial diferenciado” (RIOS, 2008, p. 121)²⁶⁰.

²⁵⁹ Em sentido diverso ao adotado nesta tese, para fornecer destaque a situações em que a lei é manipulada para atingir um grupo específico, ainda que com aparência de universalidade, José Rodrigo Rodríguez cunhou a expressão “legalidade discriminatória” (RODRIGUEZ, 2016). Um interessante estudo sobre a legalidade discriminatória nas limitações à livre expressão religiosa dos povos de terreiro é desenvolvido no texto de Winnie de Campos Bueno e José Rodrigo Rodríguez (2020).

²⁶⁰ A definição de Rios (2008) para identificação da discriminação institucional, nos tribunais norte-americanos, leva em consideração os seguintes requisitos, a serem atendidos por aquele que demanda a identificação de uma discriminação indireta: “(a) a identificação da prática específica objeto de litígio,

A categoria teórica tem como objetivo oferecer destaque à gênese da situação de “normalidade” da discriminação, “a partir da dinâmica social, do ambiente institucional e das organizações sociais em que os indivíduos se inserem” (RIOS, 2008, p. 135). No caso brasileiro, como afirma o autor, a tarefa de combate à discriminação indireta é ainda mais urgente e necessária do que nos Estados Unidos: “(...) entre nós prevalecem modalidades de discriminação indireta em setores básicos na constituição da sociedade brasileira e há certa resistência em admitir-se a existência de discriminação direta” (RIOS, 2008, p. 152).

No justtrabalhismo brasileiro, deve-se levar em consideração que a regulação realizada pelas normas jurídicas da CLT é, ela mesma, flexibilizada, como afirmou Coutinho (2013, p. 179): “(...) a Consolidação das Leis do Trabalho resistiu e se traduz no mundo do trabalho pela negativa dos processos flexibilizantes não por outro motivo senão pelo fato de que já é flexibilizada”. A perspectiva de Coutinho fornece elementos para explicitação do conceito:

(...) o cumprimento/atendimento de suas diretrizes não acarretam consequências financeiras, como por exemplo, tomar 2 (duas) horas extras, o limite legal, ou mais. Em qualquer das hipóteses, por falta de sanção específica, o pagamento se dará da mesma forma, com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal. Fica mantida a denúncia vazia dos contratos de trabalho, com o direito potestativo de rescisão imotivada do contrato pelo empregador. A jurisprudência chancela práticas como revistas em trabalhadores para preservação e defesa da propriedade privada. Àqueles que praticam atos faltosos e que serão punidos, inclusive com a rescisão contratual com justa causa, não é assegurado o direito de defesa (COUTINHO, 2013, p. 179).

Quando o empregador frauda um direito contratual trabalhista, portanto, não fica sujeito a sanções específicas, além da exigência do cumprimento do direito que violou, caso o empregado tenha condições de demandar em juízo e provar o ocorrido. Os três exemplos utilizados para descrever a *CLT flexibilizada* são precisos e úteis para a compreensão do conceito de *ilegalidades constitucionais do trabalho*, proposto nesta tese.

causadora do efeito discriminatório, exceto na hipótese da impossibilidade de se decompor as atividades pertinentes, circunstância que permite a consideração destas de modo global; (b) a demonstração de que o impacto diferenciado atinge um grupo específico, protegido pelo princípio da igualdade, por meio de dados estatísticos; (c) a demonstração de que a prática identificada efetivamente produz o impacto diferenciado sobre o grupo, também por meio de dados estatísticos” (RIOS, 2008, p. 124).

A construção da vedação à discriminação foi iniciada em instrumentos internacionais juslaborais²⁶¹, a igualdade entre homens e mulheres trabalhadoras foi consagrada constitucionalmente (CRFB/1988, art. 3º, IV, art. 7º, XXX, XXXI e XXXII) e, mesmo assim, entende-se recepcionada pela Constituição norma legal que estabelece como regra lícita a desigualdade, se assim desejar o empregador (CLT, art. 461).

O direito à equiparação salarial consiste na ideia de que, atendidos determinados requisitos legais, é exigível judicialmente o direito a igual salário para mesma função. Ou seja, não existe no ordenamento jurídico brasileiro um “direito à igualdade salarial”, e sim um direito a reivindicar equiparações: que o salário de alguns funcionários (não todos) possam ser equiparados aos de outros (não todos), conforme parâmetros legais. A regra estabelecida pela lei, pois, é a da *desigualdade salarial*.

Antes da reforma trabalhista, a CLT já assim estabelecia o artigo 461 e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 461 – Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade
 §1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

Um desenho institucional discriminatório do direito ao salário permite, assim, que homens e mulheres, negros e brancos, LGBTIs e heterossexuais, entre outros, recebam salários distintos. Não é preciso que o empregador tenha por intenção fornecer salários diversos. Pelo contrário, pode até mesmo o empregador ter contratado, em um período anterior, mais brancos, homens e heterossexuais. Se decide passar a contratar apenas mulheres negras, mas toma essa decisão mais de dois anos após a última contratação, não haverá nenhuma obrigação *legal* a fornecer igual salário, por força do art. 461, §1º²⁶². Mas, entre todos, vigora a igualdade. Este é o poder de legalidade estatal,

²⁶¹ Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
 b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

²⁶² Este dispositivo normativo foi alterado pela contrarreforma trabalhista, tornando ainda mais difícil a equiparação salarial, como será analisado em momento posterior desta tese.

que pode tomar forma de ilegalidade constitucional do trabalho, ou seja, de um desenho institucional discriminatório do trabalho.

Essa permissividade constitucional se expressa em temas como privacidade, poder diretivo, duração do trabalho. O contrato de trabalho, assim, é o instrumento jurídico em que ilegalidades constitucionais do trabalho se encontram e entrecruzam corpo, temporalidade e dinâmicas de poder. Essas ilegalidades, atualmente, expandem-se, com obrigações jurídicas duradouras nos contratos de trabalho, tornadas legais pelo Estado.

Além da discriminação salarial, integram o conjunto de ilegalidades constitucionais do trabalho, operadas por tribunais trabalhistas e pelo Poder Legislativo, (b1) o direito fundamental à privacidade e (b2) o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho.

b1. Direito fundamental à privacidade

Inicia-se pelo direito fundamental à privacidade, previsto na CRFB/1988, art. 5º, X²⁶³. Consolidado em texto constitucional, pode ser modificado sem que mude o texto original. Problematisa-se a *permissão* dada pelos tribunais trabalhistas para revistas em trabalhadores, com o objetivo de preservação da propriedade privada.

Como asseveram Coutinho e Araújo (2016, p. 150): “o empregado, ao se colocar no espaço de restrição de liberdade em decorrência da situação de subordinação, não abre mão – e nem poderia – de sua 'vida extra-laboral'”. Isso porque, no trabalho ou fora dele, “o trabalhador continua a ser titular de direitos e de liberdades inalienáveis” (COUTINHO; ARAÚJO, 2016, p. 150).

O problema da ausência de regras sobre monitoramento de vestiário, banheiro, contas bancárias e antecedentes criminais é respondido pelos tribunais, como destacam os autores, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade ou uma afirmação genérica dos direitos da personalidade. Essa compreensão constitucional dos tribunais trabalhistas, a respeito do direito fundamental à intimidade durante a execução contratual, resulta na proteção do capital, e não do trabalho²⁶⁴.

²⁶³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁶⁴ Os tribunais admitem, no Brasil, revistas em pertences pessoais do empregado, como mochilas, sacolas etc. O que geralmente pode configurar dano moral, como violação à intimidade, é a revista íntima,

O primeiro caso analisado pelo Tribunal Superior do Trabalho em Incidente de Recurso Repetitivo (Caso *Alpargatas S.A.*²⁶⁵), em 2017, trata do assunto, normatizando-o, mediante uma regra geral e uma exceção.

O sistema de precedentes e recursos repetitivos, típico da *common law* anglo-saxã e norte-americana, regula situações jurídicas em que a lei ou a Constituição *permitem* a regulação pelo Poder Judiciário. Observa-se, assim, que o poder de legalidade do Estado não é operado apenas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário.

A tese adotada pelo TST foi a seguinte:

Tema nº 0001 - Dano moral. Exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais

I. **Não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais** de candidato a emprego quando traduzir **tratamento discriminatório** ou não se justificar em razão de **previsão de lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidedignidade exigido**;

II. A **exigência** de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego **é legítima e não caracteriza lesão moral quando** amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidedignidade exigido, **a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas**;

III. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente uma das justificativas de que trata o item II, *supra*, **caracteriza dano moral *in re ipsa***, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido (BRASIL, 2017a, grifos nossos).

O primeiro item da tese estabelece a regra geral, normatizando o sentido de *tratamento discriminatório* para o tribunal trabalhista. A regra geral, portanto,

entendida como aquela em que há contato físico ou desnudamento da empregada ou do empregado. Como descrevem Coutinho e Araújo (2016, p. 151 e 152): "A solução encontrada, em ponderação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em geral aponta para prevalência dos princípios de proteção do capital, inclusive indicando que algumas das condutas estão impostas por lei ou são consideradas como 'imprescindíveis'".

²⁶⁵ O caso foi julgado pela Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), com objetivo de fixar tese sobre situações que gerariam a possibilidade de indenização por danos morais. O recurso que serviu de base para o julgamento paradigmático foi o *Caso S. A. S.* [nome autor, do qual foram mantidas as iniciais] v. *Alpargatas S.A.*, inicialmente julgado pela Quarta Turma do TST, que o enviou à SDI-1 (BRASIL, 2017a).

supostamente é a da igualdade. No entanto, multiplicam-se as *exceções* permitidas e, ora, *legalizadas* pelos Tribunais Trabalhistas.

No segundo item, apresentam-se uma dezena de exceções. O sentido da palavra “exceção” é genérico, fortalece como legítimo que o Estado possa regular de forma não universal, casuística, anunciando o crescimento de atipicidades e hibridismos contratuais. São as ilegalidades constitucionais do trabalho, atuando sobre domésticas, cuidadores de menores, idosos, deficientes, motoristas rodoviários de carga, empregados da agroindústria, bancários, trabalhadores com substâncias tóxicas, entorpecentes, armas e informações sigilosas.

Deveria ser considerada ilegal a exigência de certidão de antecedentes, porque viola frontalmente a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República (CRFB/1988, art. 1º, III) e, entre outros, o direito fundamental à igualdade (CRFB/1988, art. 5º), ao atribuir a uma parcela da população uma *permissão constitucional de discriminação* no acesso ao contrato de trabalho e, portanto, uma discriminação indireta no acesso ao contrato de trabalho.

Pode-se afirmar que a regulação do TST realiza uma discriminação indireta contra a população negra e jovem, maior parte da população carcerária no país e, portanto, desigualmente atingida pelos efeitos da possibilidade de tratamento discriminatório legalizado²⁶⁶.

A norma passa a prever e ilustrar exceções, exemplificadas e, portanto, que podem *expandir-se* ao longo do tempo. A análise dos exemplos citados pelo precedente revela dimensões dos direitos fundamentais que são atacadas e, portanto, expressa juridicamente os movimentos que o Estado realiza em direção à precarização do trabalho. Por exemplo, o empregador doméstico, por conta do grau de fidedignidade que *lhe permitem exigir* do empregado, tem *legalizado como exceção* o tratamento discriminatório que dispensará aos trabalhadores e às trabalhadoras que possuam antecedentes criminais.

A mesma situação é permitida aos empregadores do setor de teleatendimento²⁶⁷, aos banqueiros, aos empregadores da agroindústria, aos empregadores que vendem drogas lícitas e aos empregadores que vendem armas. As

²⁶⁶ Como já citado, 61,7% dos encarcerados, em 2016, eram considerados pessoas pretas ou pardas (INFOPEN, 2019; CALVI, 2018).

²⁶⁷ Os trabalhadores do teleatendimento tratam de dados sigilosos dos clientes das empresas e, por isso, enquadram-se nos exemplos de exceção citados no item II da tese fixada.

regras podem ser lidas por outro ângulo, com centralidade no empregador e não no empregado, para explorar a forma jurídica como uma expressão concreta da forma de ser contrarrevolucionária e e superprivilegiada das frações das classes dominantes brasileiras, para retomar a caracterização de Florestan Fernandes antes mencionada.

O terceiro item da tese fixada, enfim, apresenta a figura do dano moral *in re ipsa*, ou seja, presumido, nos casos em que não se aplicarem as exceções. Ou seja, a exigência de antecedentes criminais que não se realize para os empregadores domésticos, o teleatendimento, os banqueiros, a agroindústria e todos os outros antes citados é discriminatória. É embaraçoso observar que significativa parte dos trabalhadores foi prevista nos *exemplos* de exceção, e não na regra de vedação ao tratamento discriminatório.

b2. Direito fundamental à limitação da jornada de trabalho

O segundo caso contratual demonstrativo das ilegalidades constitucionais do trabalho envolve a duração do trabalho e a contratualidade temporária²⁶⁸, utilizando-se os exemplos da *CLT flexibilizada* de Coutinho (2013, p. 179). A jornada de trabalho é regulada no art. 58 e no art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho²⁶⁹, que previa o máximo de 8h/dia e 48h/semana até o advento da Constituição Federal (CRFB/1988, art. 7º, XIII), quando o limite foi diminuído para 44 horas semanais e se previu a figura dos turnos ininterruptos de revezamento, no qual a limitação diária da jornada de trabalho é de 6h (CRFB/1988, art. 7º, XIV)²⁷⁰.

Não é preciso, neste momento da pesquisa, ir às jornadas especiais de trabalho, previstas em modalidades híbridas de contrato de trabalho, como as atividades de domésticas, marítimos e atletas, para dimensionar a flexibilização ou ilegalidade

²⁶⁸ No tema da duração do trabalho, encontram-se as expressões jornada de trabalho e horário de trabalho, que não devem ser confundidas. A primeira corresponde à expressão “duração do trabalho” e, em regra, é referente à jornada constitucional padrão de 8h diárias e 44h semanais, ao passo que a segunda traduz um tempo mais alargado, referente aos horários de entrada e saída do trabalhador, em que se incluem intervalos. Se o trabalhador tem jornada de 8h/dia e labora entre 8h e 18h, com 2h de intervalo intrajornada, deve-se entender que a duração de seu trabalho é de 8h, pois as 2h em que fica na empresa, em intervalo, não são computadas em sua jornada de trabalho.

²⁶⁹ CLT, art. 58: “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”.

²⁷⁰ CRFB/1988, Art. 7: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição pessoal:

(...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

constitucional permitida pela Constituição Federal²⁷¹. Podem-se observá-las na instituição da cláusula híbrida no interior do contrato de emprego. Cuida-se da cláusula denominada *jornada parcial*, implantada pelo governo Fernando Henrique Cardoso.

A jornada parcial foi instituída por meio da Medida Provisória 1.709/1998, que criou este hibridismo contratual, ao acrescentar o artigo 58-A à Consolidação das Leis do Trabalho. O dispositivo normativo estabelecia, antes da contrarreforma trabalhista de 2017, que: “Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais”²⁷².

Esta cláusula híbrida contratual é mais comum nos contratos de emprego de trabalhadoras mulheres do que nos contratos de trabalhadores homens, possivelmente pela dupla jornada de trabalho de mulheres, pois é invisibilizada aquela realizada nas residências. Marilene Teixeira destaca a prevalência da cláusula contratual de jornada parcial nos contratos de mulheres:

Dados recentes (RAIS-MTB, 2015) indicam que a jornada semanal de até 30 horas representa 41,2% dos empregos das mulheres, e 24,7% dos empregos dos homens. O elevado número de mulheres em jornadas parciais diz respeito às jornadas diferenciadas, especialmente nas áreas de educação, saúde e serviços sociais, em que as mulheres predominam. No entanto, em alguns segmentos, como no setor de aeroviários, a prática da jornada parcial para os serviços de atendimento ao público vem se ampliando, da mesma forma em que há registros da adoção dessa modalidade de contratação no emprego doméstico. Os contratos em tempo parcial têm nitidamente um viés de gênero e estimulam a flexibilização de contratos para as mulheres. Os estudos indicam que os contratos parciais e os temporários são as formas de emprego que geram menor proteção social (TEIXEIRA, 2017, p. 22).

Dado que o contrato de jornada parcial é prevalecente entre as mulheres trabalhadoras, deve-se analisar se as disposições especiais normativas previstas para contratos de emprego com esta cláusula híbrida possuem um patamar protetivo inferior aos contratos de emprego de jornada integral. Uma vez que haja um patamar protetivo diferenciado, estar-se-á diante de *impacto discriminatório* sobre mulheres trabalhadoras.

²⁷¹ Em todos os casos, o ponto sensível consiste na determinação do tempo à disposição do empregador, pelas condições especiais em que se desenvolvem as atividades. Há casos em que empregadas domésticas que moram na residência do empregador e, por isso, o tempo no local não é computado na jornada de trabalho ou controlado. Também os marítimos trabalham embarcados em navios e, por isso, permanecem por longo período no local de trabalho. Os atletas, enfim, possuem cláusula referente ao “tempo de concentração” não computado na jornada, o que merecerá exame crítico.

²⁷² A alteração do dispositivo normativo será analisada posteriormente.

A partir da análise da legislação, depreende-se que o principal efeito da existência de um regime por tempo parcial é a possibilidade de recebimento de salário *abaixo do mínimo*, porque proporcional à jornada de trabalho *contratada*, ainda que isso já fosse possível antes da instituição da nova modalidade contratual²⁷³. A título ilustrativo, pode-se super um salário mínimo nacional de mil reais. Se o trabalhador for contratado para um regime de 22 horas semanais, receberá proporcionalmente ao salário mínimo padrão, de 44 horas semanais. Portanto, receberá a metade, isto é, 500 reais mensais.

A leitura do dispositivo constitucional (CRFB/1988, art. 7º, IV²⁷⁴), no entanto, não fornece indícios de que o salário mínimo tenha como referência a jornada integral e como regra a proporcionalidade à jornada contratada, ainda que essa seja a prática adotada no país. Tem-se, pois, que o poder de legalidade do Estado pode afastar a finalidade da norma constitucional do salário mínimo, que prevê uma remuneração capaz de atender necessidades vitais básicas da pessoa que trabalha e de sua família²⁷⁵.

Além da flexibilização legal do salário mínimo, também as férias da trabalhadora e do trabalhador em regime de tempo parcial possuem um cálculo e extensão diferenciados e, por isso, são potencialmente discriminatórias, como destacado por Coutinho (2017a, p. 99)²⁷⁶, dado que são desiguais em relação às férias do trabalhador em regime de tempo integral.

²⁷³ “(...) desde sempre foi possível a contratação para jornadas de trabalho inferiores a 44 horas semanais, dentro do limite máximo imposto pela ordem constitucional, observando-se sempre a proporcionalidade na remuneração. Portanto, essa tipologia contratual era desnecessária como opção e a impossibilidade de pactuação de acordos de prorrogação da jornada não atendeu ao interesse do capital de extrair mais valia com a intensificação do trabalho” (COUTINHO, 2017a, p. 98 e 99).

²⁷⁴ CRFB/1988, Art. 7: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição pessoal:

(...) IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

²⁷⁵ Vale destacar que diferentes precedentes do STF asseguram o direito ao salário mínimo, independentemente da jornada de trabalho adotada e sem proporcionalidade, para servidores públicos. Esta parece ser a interpretação adequada do instituto, dada a antinomia lógica em se prever um mínimo que poderá ser desrespeitado, “proporcionalmente”. Veja-se precedente “Agravos regimentais no agravo de instrumento. Servidor público. Jornada reduzida. Remuneração inferior a um salário mínimo. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Suprema Corte vem se pronunciando no sentido de que a remuneração do servidor público não pode ser inferior a um salário mínimo. Esse entendimento se aplica ao servidor que trabalha em regime de jornada reduzida. 2. Agravo regimental não provido” (BRASIL, 2014a).

²⁷⁶ “O contrato de trabalho em regime de tempo parcial é previsto para jornadas de trabalho pactuadas inferiores a 25 horas semanais, com a percepção de salários proporcionais, inovando com uma nova forma de fixação da extensão o número dias de férias – reduzido de 30 para 8 a 18 dias – e vedação de acordo de prorrogação para realizar horas extras. (...) Ademais, a presença de dois regimes diferenciados de cálculo e extensão das férias cria uma discriminação insustentável para os empregadores que buscam o zelo dos seus empregados na entrega da força de trabalho” (COUTINHO, 2017a, p. 98 e 99).

Em continuidade a essa reflexão sobre o tempo de trabalho, a Lei 9.601/1998 regula uma modalidade contratual de trabalho por tempo determinado, passível de instituição por meio de negociação coletiva, em que outros direitos são flexibilizados. No seu art. 2º, por exemplo, reduz a 50% as alíquotas de contribuições sociais e para 2% a alíquota o FGTS.

Em continuidade ao exemplo do salário mínimo de mil reais, poder-se-ia ter um trabalhador que, ao ser contratado nesta modalidade contratual para uma jornada de trabalho de 22 horas semanais, receberia 500 (quinhentos) reais como salário, considerando-se que recebesse o salário mínimo. Aplicada a regra especial mencionada, ao invés de ter depositado 8% do valor do seu salário mínimo proporcional na conta do FGTS, o que resultaria no montante de 40 (quarenta) reais, teria depositado apenas 2% do FGTS, o que resultaria em 10 reais mensais.

Dimensione-se a desproporção desta ilegalidade: se o salário o trabalhador em regime de tempo parcial fosse efetivamente o salário mínimo, ele receberia 1000 (mil) reais. Se a lei especial não reduzisse o valor de seu FGTS, teria depositado em sua conta vinculada, mensalmente, 80 (oitenta) reais. Trata-se de um valor 800% superior ao que o trabalhador da modalidade especial recebeu, em flagrante desigualdade contratual com trabalhadores de mesma função.

A ausência de sanção para o descumprimento contratual patronal, a possibilidade de rescisão contratual imotivada, a persistência de práticas invasivas da privacidade e da ausência de direito de defesa como lícitas demonstram, em diferentes graus e intensidades, violências presentes no contrato de trabalho, de difícil resolução para grupos específicos de trabalhadores.

No mesmo sentido do desenvolvimento recente da legislação juslaboral estadunidense, também no Brasil é possível que trabalhadores de uma mesma empresa possuam salários, férias, FGTS e outros créditos trabalhistas distintos. Este desenho institucional discriminatório, na dimensão interna à empresa, também se desenvolve no momento pré-contratual, como se pôde observar na exigibilidade de antecedentes criminais para algumas profissões.

A instituição deste hibridismo contratual implica, portanto, impacto discriminatório contra mulheres trabalhadoras, pela instituição de um patamar de direitos sociais reduzido, inferior, que lhes é destinado. Trata-se de, mediante um hibridismo contratual, ofertar proteções diferenciadas em relação ao direito fundamental ao salário mínimo, ao FGTS e às férias. Vale reiterar: mais de 41% das mulheres

trabalhadoras adotam esta cláusula contratual; cerca de 24,7% dos homens, por outro lado, possuem contratos em jornada parcial (TEIXEIRA, 2017).

Cuida-se, nesse momento de exposição dos resultados da pesquisa, de conferir destaque às práticas discriminatórias que se “congelam” ou ampliam no mundo do trabalho, com base expansão das “brechas” permitidas pela discriminação indireta. No precedente estadunidense *Griggs v Duke Power*, em importante trecho citado por Rios (2008, p. 121), a opinião unânime decidia: “(...) práticas, procedimentos ou testes facialmente neutros, e mesmo neutros em termos de intencionalidade, não podem ser mantidos se eles operam para ‘congelar’ o *status quo* anterior de práticas empregatícias discriminatórias”.

As ilegalidades constitucionais do trabalho, portanto, são um conceito que não busca responder aos problemas tradicionais de interpretação constitucional e dizer qual seria a decisão judicial ou interpretação jurídica correta, mas fornecer visibilidade às transformações do Estado, em especial quando possuem impacto discriminatório. Trata-se, portanto, de uma categoria teórica que busca explicar como opera o poder da legalidade estatal, quando resolve problemas de interpretação constitucional ou quando altera o conteúdo do desenho institucional do Direito do Trabalho.

Este poder da legalidade realiza uma certa classificação do objeto contratual, por meio de atos do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. A classificação efetiva uma mudança de sentido das funções e finalidades do Estado e, portanto, também uma destinação orçamentária diversa do fundo público e da materialidade estatal, inclusive coercitiva.

Ainda antes da contrarreforma trabalhista, portanto, é possível observar que o Estado opera juridicamente a diferenciação do objeto contratual do trabalho, em especial por meio das ilegalidades constitucionais do trabalho, que se expandem com a contrarreforma trabalhista. As medidas discriminatórias, portanto, deixam de configurar exceções pontuais à regra e passam a configurar uma multiplicidade de regimes contratuais lícitos no ordenamento jurídico brasileiro. Este movimento, em expansão, será analisado no Capítulo 2.

2 ILEGALIDADES EXPANDIDAS: das inversões constitucionais à personalidade sitiada

*Lei, diz o juiz enquanto olha para seu nariz,
Falando de forma clara e mais severa,
A lei é como eu já disse antes,
A lei é como você sabe, eu suponho,
Lei é, mas deixe-me explicar mais uma vez,
Lei é A Lei*
W. H. Auden²⁷⁷

*(...) uma grandiosa astúcia camponesa,
por tanto tempo ensinada,
de se esconder sob os poderosos e se apoiar em suas necessidades
até que se possa tomar deles o poder.*
T. Adorno
(sobre a dialética de Hegel)²⁷⁸

Abordam-se, neste capítulo, documentos jurídicos que demonstram como as ilegalidades constitucionais do trabalho são *expandidas*, para considerar os impactos de uma nova correlação de forças entre as classes fundamentais no Estado e na relação capital-trabalho no Brasil (2.1). No desenvolvimento desse raciocínio, verifica-se a compatibilização do exercício de liberdades coletivas do trabalho com o estado de sítio da personalidade do trabalhador e a renunciabilidade de direitos, que se fazem acompanhar de hostilidades contratuais e erupções públicas (2.2).

Exploram-se, nesse momento da exposição dos resultados de pesquisa, os sentidos da judicialização da política e do poder judicial²⁷⁹ e a expansão das liberdades

²⁷⁷ Tradução livre do poeta anglo-americano, citado por Shannon Roesler (2007, p. 545). Poema original: “Law, says the judge as he looks down his nose,
Speaking clearly and most severely,
Law is as I’ve told you before,
Law is as you know I suppose,
Law is but let me explain it once more,
Law is The Law”.

²⁷⁸ Trecho citado por Safatle (2019, p. 249).

²⁷⁹ A expressão “judicialização da política” refere-se ao fenômeno global de expansão do Poder Judiciário, em detrimento de políticos e administradores, na forma de expansão da jurisdição, ou ainda como propagação dos métodos judiciais para além da jurisdição (TATE; VALLINDER, 1995), no âmbito do constitucionalismo, este entendido como um modelo de democracia liberal, em que uma Constituição garante a separação de poderes e a força normativa da Constituição (ROESLER, 2007, p. 546). Aborda-se o fenômeno em sentido similar ao que Shannon Roesler (2007, p. 547) descreve como um *poder judicial*, por meio do qual os juízes também *fazem a lei*. Nas palavras da autora: “A questão central é, portanto, por que os juízes em muitos sistemas políticos contemporâneos resolvem rotineiramente importantes controvérsias políticas. Embora o interesse pelo poder judicial seja relativamente novo entre os estudiosos da política comparada, os estudiosos do direito e da política judicial reconhecem o papel de juízes na formulação de políticas há algum tempo. A concepção prototípica do juiz como um tomador de decisão imparcial que aplica regras jurídicas preexistentes aos fatos de um caso deu lugar à percepção de que os juízes também fazem lei - eles são atores políticos envolvidos na formulação de políticas” (ROESLER, 2007, p. 547, *tradução livre*). Trecho traduzido: “The central question is, therefore, why judges in many contemporary political systems routinely resolve significant political controversies.

contratuais do trabalho. Ao perguntar-se sobre a liberdade contratual, o Capítulo antecipa e fornece uma primeira interpretação à hibridização contratual no Direito do Trabalho, com aproximação ao tema da prevalência do negociado sobre o legislado.

Estabelecida a compreensão constitucional e os fundamentos políticos da correlação de forças na qual se operam as liberdades contratuais, o Capítulo 3 enfrentará o tema das contraturalidades híbridas como forma de expansão da taxa de exploração e da espoliação contratual, por meio de análise concreta. Os hibridismos contratuais, as rebeldias e a discriminação serão examinados em documentos jurídicos, como inquéritos, decisões judiciais, medidas provisórias e leis ordinárias, bem como na percepção de trabalhadoras, em entrevistas semi-estruturadas.

2.1 Ilegalidades Expandidas I – O trabalho e o Estado no STF

O Estado brasileiro sofreu modificações substanciais no período recente, por força de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal. Dois conjuntos de precedentes judiciais, selecionados por Coutinho (2017b; 2018), orientam a análise documental da subseção 2.1.1. Enfrenta-se a jurisprudência a partir da perspectiva de análise das *ilegalidades constitucionais do trabalho*, conceito que confere sentido de expansão material do poder estatal no período, e não de sua “retirada” das relações sociais.

Cuida-se de delimitação do marco temporal 2014–2017, como revelador de dimensões das transformações do Estado e da correlação de forças entre as classes sociais no Brasil. Observar o desenvolvimento no tempo dessa processualidade ajuda a perceber que as transformações nas relações de trabalho, como sistematizadas pela contrarreforma trabalhista, são expressão de um novo desenho de princípios constitucionais e de uma nova correlação de forças entre as classes fundamentais.

O primeiro grupo de acórdãos informa que a lógica da eficiência foi assumida em detrimento de uma concepção de público substancial. Os fundamentos alteram compreensões consolidadas da Constituição e operam juridicamente uma privatização indireta do Estado, sem retirá-lo da economia. O novo papel do Estado, pragmático, combina a fraude a direitos trabalhistas e o repasse de dinheiro público para instituições privadas.

Although interest in judicial power is relatively new among scholars of comparative politics, scholars of law and judicial politics have acknowledged the policy-making role of judges for some time. The prototypical conception of the judge as an impartial decision maker who applies preexisting legal rules to the facts of a case has given way to the perception that judges also make law—they are political actors engaged in policy making” (ROESLER, 2007, p. 547).

No interior dessa mesma racionalidade, da razoabilidade e eficiência, foram invertidas compreensões constitucionais sobre os direitos fundamentais do trabalho. Um segundo conjunto de precedentes, portanto, informa que a contrarreforma trabalhista se realizou antes no Poder Judiciário e, apenas depois, no Poder Legislativo. Cuida-se de temas como a terceirização ampla e irrestrita da atividade-fim, a prevalência do negociado sobre o legislado e a alteração dos valores devidos ao trabalhador, por conta da ilegalidade constitucional do trabalho referente à prescrição do FGTS, quando da lesão ao direito.

Analizados os dois grupos de precedentes, elabora-se a subseção 2.1.2 no formato de incursão ensaística sobre a americanização do Direito do Trabalho brasileiro, com o objetivo de apresentar interpretações para o crescimento do poder judicial, como expressão de crescimento do poder de legalidade do Estado. Exploram-se os sentidos conceituais dos acórdãos judiciais, de forma analítica, com base em estudo sobre a doutrina de um dos magistrados cujas razões de decidir têm sido decisivas em decisões paradigmáticas do Supremo.

Toma-se como paradigma, pois, o texto *americanização do direito constitucional brasileiro*, da lavra de Luís Roberto Barroso (2008), para conhecer sentidos possíveis dessa tendência no Direito do Trabalho brasileiro. Entre eles, destacam-se as observações de Gilberto Bercovici (2013a) sobre as inversões constitucionais da Suprema Corte estadunidense, bem como a análise da racionalidade juslaboral do Caso *Lochner*, exposta em texto clássico de Cass Sunstein (1987).

2.1.1 A reforma antes da reforma: 2014–2017

A partir de 2014, os tribunais brasileiros legitimaram ou permitiram ilegalidades, qualificando-as como constitucionais, para transformar o Estado em direção à racionalidade jurídica da eficiência²⁸⁰. Analisam-se os precedentes no contexto da crítica acadêmica ao endividamento dos Estados e suas consequências, como desenvolvida por Streeck (2018).

Nesta primeira subseção, (a) em um primeiro momento, exploram-se os sentidos dos precedentes que transformam o Estado em direção à eficiência econômica; (b) na sequência, identifica-se a racionalidade subjacente à atuação deste Estado na

²⁸⁰ Sobre o marco temporal de sua sistematização, explica Coutinho (2017b): “A partir de 2014 os julgados do Supremo Tribunal Federal passam a ditar uma racionalidade jurídica econômica efficientista, se afastando da racionalidade jurídica de estrita legalidade” (COUTINHO, 2017b, p. 34).

relação capital-trabalho, também por meio de estudos concretos sobre documentos judiciais.

a) Judicialização da política e construção do Estado-firma

As ilegalidades constitucionais do trabalho, como visto, são uma permissividade constitucional, em que o Estado opera seu poder de legalidade para permitir que o capital viole direitos fundamentais sociais e discrimine trabalhadoras e trabalhadores. Constrói-se, por meio delas, um desenho institucional discriminatório do Direito do Trabalho, no qual múltiplas composições jurídicas contratuais são lícitas no interior de um mesmo ambiente de trabalho.

Acontecem, pois, inversões do sentido constitucional inicialmente atribuído aos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal, que são modificados, regredidos, requalificados rebaixadamente, por meio da atuação do Estado, ainda que sem modificação formal da Constituição. Uma de suas dimensões, exposta neste momento da tese, é o movimento de *expansão* da ilegalidade, improvável sem uma atuação *concertada*, ainda que não combinada ou conspirada, entre os poderes da República. Vale dizer, a democracia constitucional não apenas regula uma correlação de forças, mas oportuniza um cenário em que ela é operada juridicamente e, portanto, sofre transições e alterações.

Recupere-se também que, como descrito por Florestan Fernandes (2014), um dos principais atores institucionais fortalecidos no Congresso Constituinte foi o Poder Judiciário. Decorre daí o estabelecimento de uma linha de tensão entre o Judiciário e os demais poderes, por um lado, e a Constituição de 1988 diante da agenda neoliberal, por outro lado. Nessa processualidade conflitante, construiu-se uma narrativa na qual a história do país poderia ser dividida em duas partes: a primeira se caracterizava como uma “patologia patrimonial”, anterior à Constituição, e a segunda por uma situação “moderna”, informada pelo mercado²⁸¹.

Quando Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado comentam o crescimento do Tribunal Regional do Trabalho, durante a ditadura, denominam com ironia que essa foi uma “fase curiosa”, dado que “apesar de o novo regime ser

²⁸¹ No sentido descrito por Werneck Vianna *et al.*, a fase anterior à Constituição seria entendida como uma herança perversa da colonização ibérica e suas burguesias cartoriais, como uma tentativa de sujeição da sociedade civil ao estamento burocrático estatal, e a segunda “deveria nascer moderna, informada, nesta década final do século, pelo mercado, pela abertura ao mundo e às suas inovações” (VIANNA; CARVALHO, MELO; BURGOS, 1999, p. 10).

manifestamente refratário aos movimentos sociais e coletivos trabalhistas, não se propôs a desconstruir o sistema judicial trabalhista, até mesmo possibilitando certa ampliação e interiorização (...)” (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 165).

O Judiciário brasileiro, nesse itinerário, passou por uma forte transformação com a transição democrática, de um “Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, (...) [para uma] instituição central à democracia brasileira” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 09). Trata-se de movimento compatível à expansão jurisdicional no mundo²⁸², que no Brasil encontra expressão na CRFB/1988²⁸³.

O que explica a transformação do papel do Poder Judiciário na democracia brasileira é a mudança das circunstâncias, como descrevem Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos (1999), que compreendem a agenda do direito e dos direitos como dominantes no plano da política e da vida social após a Constituição de 1988²⁸⁴. Entre outros aspectos

²⁸² Em razão da importância do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 590.415 (BRASIL, 2015a), utilizar-se-ão como referência de doutrina constitucional brasileira seus escritos. Sobre a expansão da jurisdição constitucional, afirma: “Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário” (BARROSO, 2015, p. 297).

²⁸³ “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional” (BARROSO, 2015, p. 297).

²⁸⁴ Os autores, no contexto da década de 1990, apresentam uma compreensão democratizante da intervenção do Poder Judiciário na realidade, como é possível observar no seguinte trecho: “(...) não surpreende que, no atual cenário de radicalização do princípio da igualdade, a agenda do direito e dos direitos, assim como a do tema institucional, tenham-se tornado dominantes no plano da política e na vida social. Com efeito, não condiz com a cultura política de hoje conceber a Constituição ao modo de Lassale, como um simples registro da correlação de forças sociais realmente existente em um país, um texto de valor contingente e descartável segundo o imperativo das circunstâncias. É também estranha ao mundo contemporâneo a redução do direito e de suas instituições a meras funções de controle social e a naturais obstáculos a mudança dos padrões estabelecidos na organização da sociedade. Por toda a parte, o que se constata é que a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 15). Trata-se de uma visão otimista sobre o papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira, como se destaca neste outro trecho: “Nesse contexto particular, a Carta de 1988 não irá repetir a má fortuna da de 1946, cujas promessas de direitos não encontraram concretização. Sobretudo na questão dos novos procedimentos que a vinculam à comunidade dos intérpretes, quando a minoria parlamentar e as organizações sindicais os convertem em um cenário complementar às suas lutas. Nesse sentido, a judicialização da política, entre nós, longe de enfraquecer o sistema dos partidos, em especial os da esquerda e da oposição, tende a reforçá-lo, na medida em que propicia (...) uma conexão entre a democracia representativa e a

da transformação, destaca-se a competência do Poder Judiciário para realização de controle de constitucionalidade incidental e abstrato²⁸⁵, por força da supremacia da Constituição²⁸⁶.

Informada pelo mercado, pela abertura ao mundo e às suas inovações, então, a Constituição inaugura um período histórico de ataques neoliberais aos direitos sociais. Não por acaso, “A primeira intervenção legislativa do Congresso Nacional depois da Constituição, no mesmo ano de 1989, foi também com o propósito de limitar a greve, tendo sido, então, editada a Lei n. 8.783/1989” (SOUTO MAIOR, 2017, p. 380)²⁸⁷. Impõe-se o livre mercado, com a condição de que houvesse condições para sua viabilização. Leia-se: com a ausência de “obstáculos formais” à sua efetivação²⁸⁸.

Por isso, “em nome da construção da vontade de todos, forjou-se uma maioria parlamentar por métodos que recuperavam a mais anacrônica política da clientela e que, em nome da descentralização política e administrativa, fez retornar o país, de fato, à centralização e ao unitarismo de antanho [outroa]” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS; 1999, p. 10). No campo da justiça social, impôs-se “a panaceia do

participativa, para o que concorrem as ações públicas, em que a cidadania se encontra legitimada para deflagrar o processo judicial contra as instâncias do poder” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 42 e 43).

²⁸⁵ No âmbito do poder constituinte, como destacam Lamartine de Oliveira e Francisco Muniz (1980, p. 235), “(...) nem mesmo o constituinte é onipotente”. Referindo-se à doutrina de Castanheira Neves, fazem menção à possibilidade de declaração de “inconstitucionalidade de leis constitucionais”.

²⁸⁶ Como afirma Luís Roberto Barroso, em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: “Com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário - isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral (...) [Os dois ritos de controle de constitucionalidade são:] a) a via incidental, pela qual a inconstitucionalidade de uma norma pode ser suscitada em qualquer processo judicial, perante qualquer juízo ou tribunal cabendo ao órgão judicial deixar de aplicar a norma indigitada ao caso concreto, se considerar fundada a arguição; b) a via principal, pela qual algumas pessoas, órgãos ou entidades, constantes do art. 103 da Constituição Federal, podem propor uma ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se discutirá a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em tese, de determinada lei ou ato normativo” (BARROSO, 2015, p. 334 e 335).

²⁸⁷ “Cumprir notar que essa foi a primeira lei ordinária trabalhista interpretada dentro do padrão doutrinário neoliberal e o sentido que lhe foi dado, portanto, é ainda mais restritivo que os próprios termos expressos da lei, a qual, se vista sem as determinações dessa doutrinação, não chegaria à quase eliminação do direito de greve que, em nome da referida lei, tem sido imposta pela doutrina e pela jurisprudência, (...). Com suposto apoio na Lei n. 7.783/1989, foi dito pela doutrina trabalhista que: a) restou proibida a greve política; b) se mantiveram os sentidos de greve ilegal, quando não respeitados os padrões formais de sua deflagração, e de greve abusiva; c) se autorizou o corte de salários durante a greve; d) se estabeleceu a possibilidade de intervenção judicial e policial na greve; e) houve proibição da greve em atividades essenciais” (SOUTO MAIOR, 2017, p. 380).

²⁸⁸ “A imposição de um livre mercado, porém, com a intenção de inaugurar as autênticas liberdades e a modernização do país, dependeria de uma *realpolitik* que criasse as condições para a sua viabilização. Artificial na nossa realidade em virtude da má-formação congênita do país, o mercado, para sua emancipação de constrangimentos externos a ele, teria de se servir de recursos que não temessem obstáculos formais” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS; 1999, p. 10).

assistencialismo e da desregulamentação da proteção ao trabalho. A liberdade teria que vir, mesmo que transitando pelo que lhe seria o seu oposto” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 10).

Observações sobre este fenômeno da “tirania da maioria”²⁸⁹ levaram a considerar as coalizões e a governabilidade no país (ABRANCHES, 1988), com a fraqueza das instituições latino-americanas e o primado do Executivo sobre os demais poderes. Daí a interpretação de que se tem em países como Brasil e Argentina uma democracia delegativa, isto é, uma representatividade esvaziada de representação e formuladora de “soluções mágicas” por meio de planos de governo (O’DONNELL, 1991). O forte poder de agenda do Poder Executivo em face dos demais poderes o levaria a comandar as coalizões e fazer valerem suas intenções legislativas, em especial por meio dos instrumentos constitucionais que lhe permitem enfraquecer o Poder Legislativo (LIMONGI, 2006).

Reconhecer aspectos verdadeiros dessas análises não significa descuidar da especificidade da contribuição do Poder Judiciário às contrarreformas. Por isso, o que se apresentou no capítulo anterior, como primeiro material empírico que expressa as ilegalidades constitucionais do trabalho, referente às medidas legislativas dos poderes Legislativo e Executivo, não é contraditório ao processo que se vem denominando judicialização da política e das relações sociais²⁹⁰.

Como explicam Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 65), “dada a natureza da modernização capitalista brasileira, resultado de um esforço liderado pelo

²⁸⁹ “O cenário pós-constituente, à exceção do governo Collor, tem sido o da expressão concentrada da vontade da maioria, particularmente nesses dois governos de Fernando Henrique, quando, pelo uso continuado e abusivo de medidas provisórias, provoca-se a erosão das formas clássicas de controle parlamentar da produção da lei. Foi esse o conteto que veio a favorecer a concretização dos partidos e dos sindicatos no exercício de intérpretes da Constituição, convocando o Poder Judiciário ao desempenho do papel de um *tertius* capaz de exercer funções de *checks and balances* no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalizão. Daí que, por provocação da sociedade civil, principalmente do mundo da opinião organizada nos partidos e do mundo dos interesses, nos sindicatos, o Poder Judiciário se vem consolidando ‘como ator político e importante parceiro no processo decisório’” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS; 1999, p. 51).

²⁹⁰ “(...) [A judicialização da política é] fenômeno corrente nos países de democracia avançada, como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e EUA, entre outros, e que parece sugerir, como aponta de modo recorrente a bibliografia, a existência de uma convergência entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, que já teria alcançado o direito brasileiro (...). De uma outra perspectiva, a judicialização das relações sociais, processo também universal e com ampla fixação nas democracias consolidadas, chegou a nós pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de recente e ainda progressiva institucionalização, responsáveis pela exposição do Poder Judiciário, sem qualquer tipo de mediação social ou política, às expectativas por direito e cidadania de setores socialmente emergentes. De fato, são esses os segmentos sociais que estão presentes na explosão da demanda por jurisdição, que passou dos 350 mil processos novos, em 1988, para cerca de 8,5 milhões, em 1998” (VIANNA, 1999, p. 11).

Estado, enlaçado à sociedade civil pela malha da estrutura corporativa, a noção de direitos tornou-se mais prisioneira da concepção de funcionário do que da de cidadão”. A maior parte da população não teve acesso ao *status* de cidadania e o principal móvel concreto da cidadania acabou por ser o sindicato corporativo, *estatalizado*, em uma sociedade na qual o Estado se construiu como agente econômico, e não como coordenador ou mediador das relações sociais (VIANNA, 1999, p. 267)²⁹¹.

A formação institucional do Judiciário brasileiro, então, fornece um duplo caráter à judicialização da política. O Supremo Tribunal Federal concentra funções de corte constitucional, de tipo americano, e tribunal constitucional, do modelo europeu continental. Assim, incorporam-se às suas funções “a de um órgão superior da administração pública, racionalizando e homogeneizando as máquinas públicas estaduais, (...) um colégio altamente qualificado que delineia, em última instância, a formação institucional do Estado” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 66).

Neste cenário, são desconcertantes as “escolhas trágicas”²⁹² do STF em 2007, 2015 e 2017, em três precedentes judiciais, quando sobrepoem argumentos comumente utilizados na economia e na gestão da iniciativa privada, para decidir sobre temas estruturais do direito público, no âmbito do Estado brasileiro. Entre as expressões utilizadas nas decisões, destacam-se algumas, “(...) tais como incentivos, precificação, custos, custos fixos, competição, desempenho, concorrentes, mercado, riscos, flexibilidade, além de, por óbvio, eficiência (...)” (COUTINHO, 2018, p. 48)²⁹³.

²⁹¹ No clássico livro *Liberalismo e Sindicato*, assim é caracterizado o Estado por Werneck Vianna: “Diversamente da experiência europeia, não bastava ao Estado corporativo, para cumprir seu fim modernizante, o esmagamento da política independente das classes subalternas e a manipulação ideológica das forças sociais da pequena propriedade. Inexistindo o grande capital, compatível com a magnitude da obra econômica a realizar – implantação da siderurgia, ampliação do sistema ferroviário, exploração do petróleo etc. – mais do que coordenador da atividade econômica, o Estado se deveria erigir no principal agente econômico. O grande capital existente não era nacional e mostrava-se desinteressado em questões pioneiras, como se fazia claro na questão siderúrgica” (VIANNA, 1999, p. 267).

²⁹² Expressão de Coutinho (2018) sobre os precedentes judiciais que permitem analisar como “a reforma trabalhista e a Administração Pública situam-se nos marcos de mudanças mais amplas e já desde muito implementadas no campo do direito. Quiçá tenha sido o direito do trabalho o último baluarte de proteção de direitos fundamentais sociais atingido” (COUTINHO, 2018, p. 42). Tem-se, assim, a “reforma antes da reforma”: o Poder Judiciário transforma o Estado e realiza a “tragédia”; a contrarreforma trabalhista, depois, apenas efetiva uma “farsa”.

²⁹³ Por concordância com o argumento de Coutinho (2018) e pela precisão de sua identificação dos argumentos nos precedentes judiciais, a maior parte dos trechos citados das decisões serão os mesmos selecionados pela autora, acrescidos de alguns poucos de nossa escolha e outros complementos necessários para os objetivos específicos desta tese, com a indicação da referência em relação ao acórdão original.

O STF tem assumido a ideia de que os direitos devem ser medidos por uma lógica de custos, pragmática, isto é, não se impõem por sua natureza jurídica e pela força normativa da Constituição Federal.

No primeiro ano indicado por Coutinho, em 2007, o Poder Judiciário sinaliza ou apresenta traços das transformações no Estado, coincidentemente no mesmo ano em que também eram sinalizadas aos governos reformas econômicas pelo BIS (*Bank for International Settlements*, Banco de Compensações ou Pagamentos Internacionais). Essas reformas visavam a colocar o Estado na perspectiva da austeridade, com o aumento da flexibilidade como “chave para o crescimento”.

Isso exigiu não uma destruição do Estado, mas sua reconstrução. Como esclarece Mészáros (2015, p. 47), o Estado-nação tem uma certa materialidade em cada país, constituída não apenas de “lei e direito”, mas também de uma possibilidade de uso de “ilegalidades destrutivas”, formas estatais de violência, que em suas diferentes manifestações contrariam o próprio sistema legal.

Compreender a relação entre Estado e trabalho como intervenção ou regulação, e não como uma abstrata desregulação, requer observar que a economia capitalista, contemporaneamente, não quer se libertar do Estado, mas da democracia “como democracia de massas, de acordo com a forma que esta assumia no regime do capitalismo democrático. Hoje, os meios para dominar as crises de legitimação por meio da criação de ilusões de crescimento parecem esgotados” (STREECK, 2018, p. 92). Três tendências marcam o capitalismo há décadas e estimulam “inquebráveis” reforços mútuos, como “espiral de reversão: *baixo crescimento*, elevada *desigualdade* e crescente *endividamento geral*” (STREECK, 2018, p. 25, grifos do autor).

Trata-se da transformação do “Estado fiscal”, governado e alimentado pelos cidadãos, para o “Estado democrático endividado”, que “deixa de depender exclusivamente das contribuições dos cidadãos para passar a depender, em grande parte, também, da confiança dos credores” (STREECK, 2018, p. 125).

É assim que Streeck diferencia “os dois povos” do Estado democrático endividado, informando que entre os povos dos mercados e os Estados “(...) a única ligação é a dos contratos: estão ligados como investidores, não como cidadãos. Seus direitos perante o Estado não são públicos, mas privados: não se baseiam numa constituição, e sim no direito civil” (STREECK, 2018, p. 125).

Tabela 4 - O Estado democrático endividado e seus dois povos

Povo do Estado	Povo do mercado
Nacional	Internacional
Cidadãos	Investidores
Direitos civis	Exigências
Eleitores	Credores
Eleições (periódicas)	Leilões (permanentes)
Opinião pública	Taxas de juro
Lealdade	“Confiança”
Serviços de interesse público	Serviço de dívida

Fonte: STREECK, 2018, p. 127.

É possível seguir este indício, fornecido por Streeck, e observar como o Estado brasileiro modifica sua relação com os serviços públicos. Transforma-se em Estado-firma, precificado, competitivo, com custos sob controle.

Isso porque a diferenciação entre “dois povos” é uma forma que Streeck utiliza para afirmar que o Estado democrático endividado não responde apenas a cidadãos, eleitores, que se manifestam em eleições periódicas, com os quais deve manter lealdade. Também responde a investidores, credores, que se manifestam em leilões permanentes, para os quais deve demonstrar “confiança”, isto é, “pagando devidamente suas dívidas e provando que poderá e quererá fazer isso também no futuro” (STREECK, 2018, p. 126).

Trata-se de compreender que os títulos da dívida são documentos que refletem risco dos investidores, uma espécie de “opinião pública”, expressa “de forma quantificada, [que] é muito mais precisa e legível do que a do povo do Estado” (STREECK, 2018, p. 125).

Localizar no tempo as dinâmicas pelas quais o Estado brasileiro modificou sua relação com as ilegalidades exige atentar-se ao começo de uma “modificação de modalidade da violência do Estado, que deve ser objeto de séria investigação histórica” (MÉSZÁROS, 2015, p. 53). O cenário internacional, desde 2008, apresenta um novo tipo de manifestações sociais, que revelam a insatisfação da população com a institucionalidade que vem se desenhando em países autoritários e supostamente democráticos. Antunes (2018) lista eventos de protesto de massas de novo tipo

ocorridos, simultaneamente e sem uma articulação global, em diferentes territorialidades no mundo, para expressar descontentamento com as formas sociais da democracia.

Exemplifique-se com os protestos ocorridos na praça Taksim (Turquia) e na praça Tahrir (Egito), além de países como Tunísia, Grécia, Itália, Portugal, França, Reino Unido, Estados Unidos (*Occupy Wall Street*), Espanha (*Indignados*), Chile e Colômbia. O traço comum desses protestos, segundo o autor, é a ocupação do espaço público, seja ele formado por ruas ou praças. Segundo Antunes (2018, p. 247), “a população não suporta mais a atual forma degradada de institucionalidade, seja no caso do Oriente Médio, com suas ditaduras, seja no caso dos países do Ocidente, com seu modelo de ‘democracia burguesa’ só para os ricos”.

Cuida-se de observar os resultados das transformações dos conflitos sociais, que não são comportados como conciliação ou compromisso pela democracia como os Estados contemporâneos a vem desenhando institucionalmente. Nas novas formas sociais políticas, o capital deixa de agir apenas indiretamente sobre o Estado e o financia de forma direta. Como afirma Streeck (2018, p. 128):

O conflito, característico da política do Estado democrático endividado, entre suas duas comunidades de reivindicações, em luta pelo controle deste, é um fenômeno novo, ainda em evolução e praticamente por estudar. Há muitos motivos para considerar que o surgimento do capital financeiro como um segundo povo – um povo do mercado, que rivaliza com o povo do Estado – constitui uma nova fase da relação entre o capitalismo e a democracia na qual o capital deixou de influenciar a política apenas indiretamente – por meio do investimento ou não em econômicas nacionais – e passou a influenciá-la diretamente – pelo financiamento ou não do próprio Estado.

É para esta modificação da relação entre Estado e democracia, que tem em uma de suas dimensões as ilegalidades destrutivas do Estado, que se procura precisar a contribuição do Poder Judiciário às contrarreformas, em especial, como dito, a partir do marco temporal dos precedentes descritos por Coutinho (2018).

No Poder Judiciário brasileiro, o ano de 2007 é marcado pelo julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 1864-PR, que revela traços de uma nova posição e visão do Estado, orientada pela análise econômica do direito²⁹⁴. A ação foi

²⁹⁴ A partir do cotejo de autores dessa novel tradição teórica, descreve Coutinho (2018, p. 37 e 38): “No mercado isso se traduziria no estado de recursos distribuídos de tal forma que diante de uma escolha que seria impossível aumentar sua utilidade realocando-os sem reduzir ou piorar a situação de outra pessoa. Neste caso, a intervenção do Estado não se faz necessária e, se ocorrer, representaria mais propriamente uma falha do mercado. O papel do Estado, aqui, ao invés de substituir-se à vontade dos contratantes,

ajuizada em 1998 e objetivava a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos normativos constantes na Lei Estadual 11.970/1997, do estado do Paraná, que instituía o Paraná Educação, pessoa jurídica de direito privado, para gestão do sistema educacional no estado²⁹⁵. Com base na lei e no precedente judicial, passa a ser possível a contratação de trabalhadores em regime jurídico celetista, para desempenho de funções típicas do Estado (BRASIL, 2007).

Os autores da ADI foram a Confederação Nacional de Trabalhadores em Educação e o Partido dos Trabalhadores. Argumentaram que o sistema de ensino público deveria ser compreendido como serviço essencial do Estado e, portanto, deveria ser prestado exclusivamente pelo Estado. A instituição do Paraná Educação, desse modo, implicaria, na posição dos requerentes, “a quebra e a relativização do regime de direito público ao qual deveria submeter-se integralmente” (BRASIL, 2007, p. 04).

O voto do Ministro Marco Aurélio descreve os riscos dessa escolha, realizada pelo governo do Paraná. Tem-se, com base no instrumento normativo estadual, que “o poder público - conforme já ressaltai - destinará dotações orçamentárias a essa pessoa jurídica de direito privado” (BRASIL, 2007, p. 174). Mais do que destinar os recursos para essa pessoa jurídica de direito privado, a lei também permite que ela venha a geri-los sem a incidência das normas e cautelas de direito público: “Surge, por exemplo, que essa empresa, relativamente às contratações, não estará submetida - muito embora lide com dinheiro público - à Lei de Licitações” (BRASIL, 2007, p. 174).

Foi vitoriosa, no entanto, a posição do Ministro Maurício Corrêa, relator da ADI, que votou pela constitucionalidade da lei estadual e, portanto, pelo indeferimento da ação, para valorizar o “(...) pragmatismo da globalização e competitividade, de que se assenhorou a hodierna atividade humana” (BRASIL, 2007, p. 104). Merece menção o argumento do Ministro Gilmar Mendes, também destacado por Coutinho (2018):

[...] o que se busca aqui é aquilo que discutimos na sessão anterior quanto à **necessidade de algum mecanismo de flexibilização**, algum

cinge-se a (i) garantir que os direitos de propriedade sejam bem definidos e (ii) que a livre negociação se mantenha sem (ou com baixos) custos de transação. Eis a lógica encetada pela reforma trabalhista. (...) O bem-estar, no mercado, passa a ser aferido em termos de alocações sociais para solução de problemas econômicos e jurídicos, projetados para todas as esferas da vida. Portanto, a lógica dos custos é introjetada como critério para tomada de decisão em comportamentos humanos. A eficiência, como consequência, passa a ditar a escolha”.

²⁹⁵ A definição do ParanaEducação é encontrada no artigo 1º da referida Lei Estadual: “Art. 1º. Fica instituído o PARANAEDUCAÇÃO, pessoa jurídica de direito privado, sob a modalidade de serviço social autônomo, sem fins lucrativos, de interesse coletivo, com a finalidade de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, através da assistência institucional, técnico-científica, administrativa e pedagógica, da aplicação de recursos orçamentários destinados pelo Governo do Estado, bem como da captação e gerenciamento de recursos de entes públicos e particulares nacionais e internacionais.”

mecanismo para estabelecer esta relação entre o modelo público ortodoxo e um outro modelo. Parece-me que esta é a tentativa e a própria interpretação conforme, proposta pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, que tenta fazer esta compatibilização (BRASIL, 2007, p. 151, grifos nossos).

Neste trecho, o Ministro Gilmar Mendes revela uma concepção de Poder Judiciário na qual a decisão judicial tem o poder de flexibilizar os dispositivos normativos constitucionais. A transformação do Estado é ligada à flexibilização da gestão dos recursos públicos e do regime jurídico de trabalho. Mas o Estado não sai de cena. Ele destina orçamento para uma gestão privada, mantendo-se como estrutura material que, modificando-se, colabora para o atingir de metas privadas. Era apenas o começo.

Em um segundo precedente emblemático, tem-se a ADI 1923-DF, julgada no ano de 2015. Os acionantes foram o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requeriam a declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei 9.637/1998²⁹⁶ e do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/1993²⁹⁷, com a redação dada pela Lei 9.648/1998. Discutia-se, conforme resume Coutinho (2018, p. 44), a constitucionalidade da “(...) possibilidade de instituições privadas, denominadas Organizações Sociais, prestarem serviço público em atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde”.

A ementa do acórdão revela a importância do precedente judicial, para a compreensão das transformações do Estado brasileiro:

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. (...) 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a **lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública** em determinados domínios, dada a **agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado**.

²⁹⁶ Na ementa da lei federal, lê-se: “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”.

²⁹⁷ “Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

(...) 17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo. (BRASIL, 2015d, p. 03, 04 e 07, grifos nossos).

Neste importante julgado, afirmou-se o objetivo essencial da busca pela eficiência estatal²⁹⁸, com um novo modelo de administração pública²⁹⁹, em que as metas possuem prevalência sobre os procedimentos, com a implementação de um “regime todo especial”³⁰⁰. Como já se citou, com a “agilidade e flexibilidade que marcam o regime de direito privado”.

Em alternativa ao tom dominante no enredo da votação judicial, a Ministra Rosa Weber votou de forma divergente e, de forma incisiva, afirmou que reconhecer a constitucionalidade da lei poderia levar a uma terceirização da própria atividade estatal, numa migração da ideia de terceirização da seara trabalhista para o ambiente público³⁰¹.

O terceiro precedente paradigmático das transformações do Estado, que conforma o argumento de que o Poder Judiciário realizou a reforma trabalhista antes mesmo da inovação legal, discute o difícil tema da responsabilidade da administração pública diante da terceirização trabalhista. Estuda-se o Recurso Extraordinário (RE) 760.931, também conhecido como Tema 246, entre aqueles que são qualificados como temas de repercussão geral no âmbito do STF³⁰².

²⁹⁸ Argumenta a Ministra Carmen Lúcia: “[Com as parcerias público-privadas,] o que se pretende, o que se buscou foi exatamente uma prestação mais eficiente, que é um dos princípios da Administração Pública, e com recursos públicos, até porque essas entidades têm também os seus limites” (BRASIL, 2015d, p. 137).

²⁹⁹ No mesmo sentido, defende o Ministro Gilmar Mendes: “De que se cuida, basicamente, é de buscar um novo modelo de administração que possa, eventualmente, revelar-se mais eficiente do que aquele que se atinge na forma tradicional, mas sob os controles do próprio Estado” (BRASIL, 2015d, p. 140).

³⁰⁰ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “(...) é um projeto de reforma gerencial do Estado, nessa constatação inequívoca de que o Estado não consegue atingir as suas finalidades se não houver essa coparticipação nessa atividade coadjuvante. (...) Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial” (BRASIL, 2015d, p. 121 e 122).

³⁰¹ “Por outro lado, também não posso esquecer – até comentava há pouco – o que todos entendemos: que a Constituição é viva, a Constituição é aquilo que o Supremo diz que é, a interpretação que confere ao Texto Constitucional. Mas tenho enorme dificuldade, Senhor Presidente, de, nesse âmbito – perdoem-me, mas seria uma terceirização da própria atividade estatal, não mais a terceirização na órbita trabalhista, da ótica do trabalho, daquele que executa o trabalho, da atividade do trabalhador, mas da atividade estatal como tal (...)” (BRASIL, 2015d, p. 134 e 135).

³⁰² O caso alude a uma situação de controle concreto de constitucionalidade, analisado incidentalmente no âmbito de um recurso de trabalhadores e trabalhadoras terceirizadas. Diferentemente dos precedentes anteriores, portanto, há partes processuais e decisões judiciais anteriores à do STF, e não apenas um autor da ação, que defende posição diretamente junto ao Supremo. Neste caso paradigmático, pois, o tribunal

Inicialmente, convém registrar que a terceirização foi objeto de regulação recente, com o advento das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017. Na primeira inovação legal, inseriu-se o tema da terceirização no âmbito da lei sobre o contrato temporário³⁰³, atualizando esta. Diante da técnica legislativa precária, foi necessária a segunda intervenção legislativa na temática, tornando incontroversa a possibilidade legal de terceirização da atividade-fim³⁰⁴, já no âmbito da lei conhecida como contrarreforma trabalhista.

Um dia antes da publicação do primeiro instrumento legislativo, porém, era realizado o julgamento do RE 760.931, em 30 de março de 2017 (BRASIL, 2017b). No precedente judicial, era decidida a impertinência da distinção entre atividade-meio e atividade-fim. O Judiciário, sem maiores constrangimentos, realizava a reforma antes da reforma e legalizava a terceirização ampla e irrestrita³⁰⁵, negando que na

age como no “modelo americano”, na função recursal de Corte Constitucional, e não como Tribunal Constitucional, no sentido europeu continental, como “guardião da Constituição”. Essa natureza dúplice do STF foi ressaltada por Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 66), conforme já ressaltado. O mesmo tema, tratado no Recurso Extraordinário mencionado, foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, julgada em 2010.

³⁰³ Para diferenciar o contrato de terceirização e o contrato de trabalho temporário. Ambos estabelecem formas de triangulação contratual, em rompimento à bilateralidade da relação de emprego, prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 2º e 3º). Uma perspectiva tradicional das figuras jurídicas, anterior à contrarreforma trabalhista, informaria que a terceirização seria sempre referente à atividade-meio e permanente, diferentemente do contrato temporário, possível na atividade-fim, mas sempre por período determinado. No contrato temporário, outrossim, seriam possíveis a subordinação e a pessoalidade em relação ao tomador de serviços, o que é proibido ao contrato de terceirização. Com as reformas operadas pelos novos instrumentos legais, a diferenciação se torna frágil, pois a atividade-fim pode ser terceirizada e os motivos de contratação temporária também são ampliados. Veja-se o artigo 2º, §2º, da Lei 6.019/1974, atualizado pela Lei 13.429/2017: “Art. 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços (...) §2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal”. A redação do dispositivo normativo, antes da reforma, exigia como requisito para essa modalidade de contratação uma necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou o acréscimo extraordinário de serviços.

³⁰⁴ O TST considerava a terceirização de atividade-fim ilícita, conforme sua Súmula 331, III: “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

³⁰⁵ Na ementa do acórdão, item 1, ficou estabelecido: “1. A dicotomia entre ‘atividade-fim’ e ‘atividade-meio’ é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as ‘Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais’ (ROBERTS, John. *The Modern Firm Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007)” (BRASIL, 2017b, p. 02).

subcontratação houvesse qualquer fim fraudulento que se sobreponha à necessidade de eficiência das empresas e do Estado³⁰⁶.

Para decidir sobre a responsabilidade subsidiária da administração pública, em caso de inadimplemento das obrigações contratuais por parte da empresa prestadora de serviços, o STF, no RE 760.931, novamente trouxe o tema da concepção de Estado à tona. Revelou-se a defesa de um Estado-firma³⁰⁷, para o qual a terceirização apresentaria os benefícios empresariais de aprendizado, escala, escopo, cálculo, precificação, competição, custos, menor alavancagem operacional e complexidade organizacional, diminuição da exposição a riscos e oscilações etc.³⁰⁸.

O Estado-firma, assim, deve empregar tais soluções de mercado³⁰⁹ e passa, com a decisão, a não se responsabilizar “automaticamente” pela fraude ocorrida nas suas dependências³¹⁰. É dizer: o Estado repassará todas as verbas públicas para uma empresa

³⁰⁶ Na ementa do acórdão, item 2, restou definido: “2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.” (BRASIL, 2017b, p. 02).

³⁰⁷ Na ementa do acórdão, item 3, assim é definido o “histórico científico” da concepção de firma, aplicável ao Estado: “3. Histórico científico: Ronald H. Coase, *The Nature of The Firm*, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados ‘custos de transação’, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício” (BRASIL, 2017b, p. 02 e 03).

³⁰⁸ Na ementa do acórdão, item 5, estipula-se: “5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas. (BRASIL, 2017b, p. 03).

³⁰⁹ No item 6 da ementa do acórdão, dispõe-se: “6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), **deve empregar as soluções de mercado** adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores” (BRASIL, 2017b, p. 04, grifos nossos).

³¹⁰ No item 9 da ementa do acórdão, fixa-se tese para julgamento de casos semelhantes: “9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: ‘O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não

realizar o pagamento de trabalhadoras e trabalhadores terceirizados que fazem funcionar o serviço público, mas se a empresa não os pagar e vier à falência, o Estado não terá de se responsabilizar pelos encargos, com a condição de que tenha “efetivamente” fiscalizado.

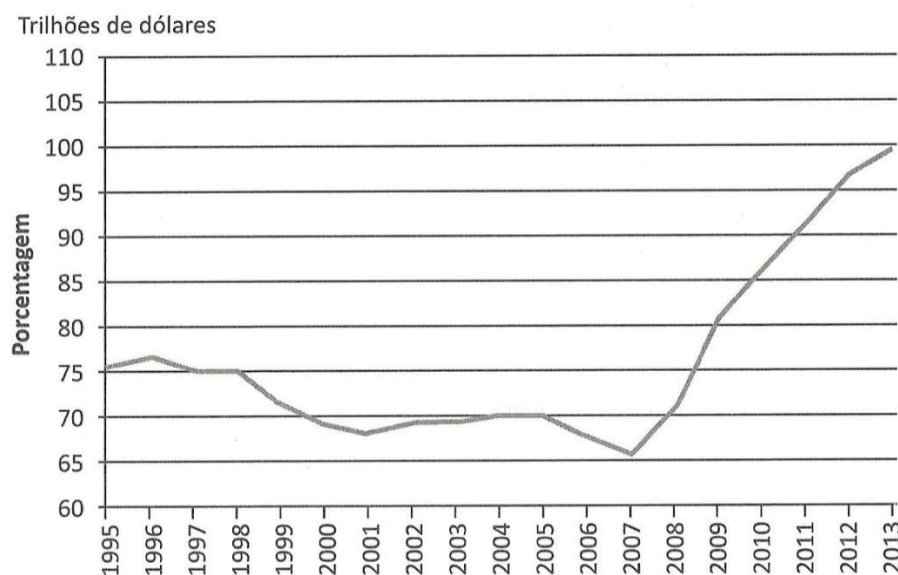
Sobre esse conjunto de precedentes emblemáticos do Supremo e sua relação com a contrarreforma trabalhista, posterior às decisões judiciais, Aldacy Coutinho (2018, p. 50) assevera:

(...) a reforma trabalhista não é um fato isolado na história brasileira contemporânea. Não é o algoz, senão mais um testemunho dessa transformação do Estado de bem-estar social que assume a lógica do mercado. Dessa forma, é possível compreender – embora não concordar ou aceitar – que venha a reforma conviver com uma Constituição cidadã. É que o texto constitucional vem sendo, por sucessivos processos hermenêuticos destruidores perpetrados inclusive e sobretudo pela pena do Supremo Tribunal Federal, sendo reescrita com a tinta da racionalidade econômica da eficiência.

Os processos hermenêuticos operacionalizam a construção e consolidação das ilegalidades constitucionais do trabalho como nova normalidade estatal. Longe de se configurarem como decisões autopoieticas de um Judiciário fechado ao contexto social, como Vianna, Carvalho, Burgos e Melo (1999) citavam ser o contexto prévio à Constituição Federal, tem-se um Judiciário ativo e que faz escolhas constitucionais. É preciso compreender essas escolhas, pois não há linha de ruptura entre elas e as contrarreformas; pelo contrário, é um só itinerário, com mediações diversas.

A modificação do Estado, aqui observada pelas lentes da judicialização da política, pode ser aludida a partir de uma série de dados estatísticos, articulados como uma argumentação no sentido de que a crise financeira de 2008 fez crescer o endividamento público e, nesse sentido, uma nova compreensão do Estado diante dos seus credores. Retoma-se, para os objetivos dessa análise, os elucidativos dados sistematizados por Streeck (2018):

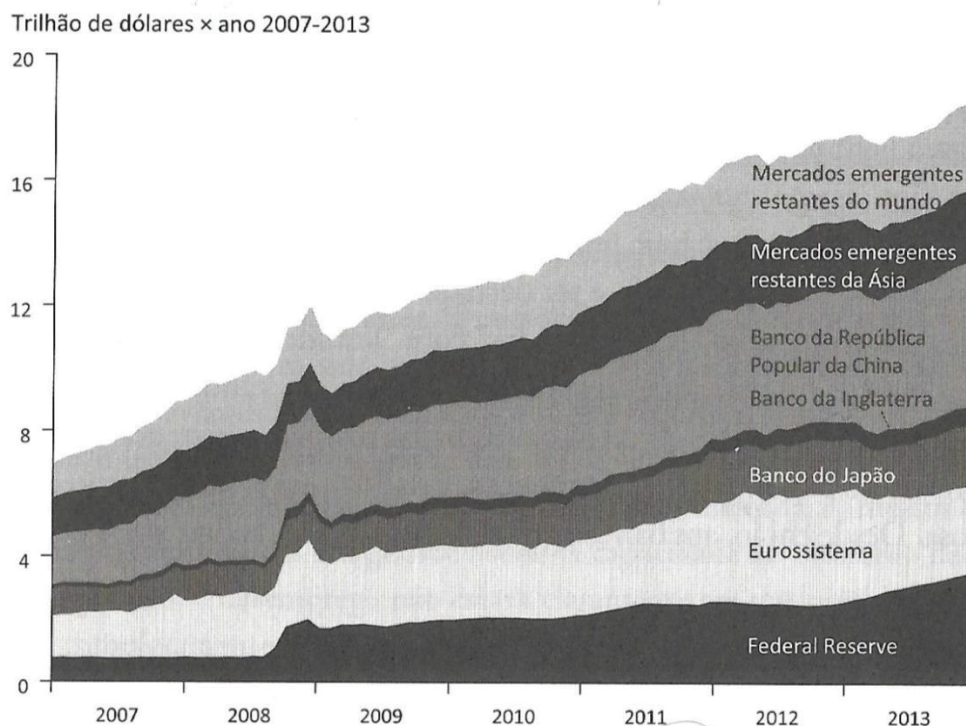
transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” (BRASIL, 2017b, p. 04).

Figura 5 - Dívida do Estado em porcentagem do PIB (1995–2013)

Bank for International Settlements, *84th Annual Report, 1 April 2013-31 March 2014* (Basel, Bank for International Settlements, 2014), p. 98

Fonte: STREECK, 2018, p. 30.

Nesse contexto de crescente endividamento, os bancos centrais “se tornaram o verdadeiro governo das pós-democracias capitalistas, independentes de eleições, parlamentos, governos, sindicatos etc., como nenhuma outra instituição” (STREECK, 2018, p. 27). Veja-se que o montante de dinheiro dos bancos centrais, desde 2008 até 2013, aumentou entre 200 e 300%.

Figura 6 - Total de ativos dos bancos centrais, 2007–2013

Fonte: STREECK, 2018, p. 28.

Streeck relaciona os dados acima mencionados para analisar a perspectiva do Banco Internacional de Pagamentos, “o banco central dos bancos centrais, como ele era, declarou obsoleta a política de desvalorização cambial. (...) Em meio à crise e à sua arrastada recuperação, os bancos centrais estenderam seus balanços como nunca, com uma ‘estável tendência ao crescimento’” (STREECK, 2018, p. 29).

A relação entre o Estado brasileiro, a indústria e os bancos remete às origens da política no país. Um projeto industrializante³¹¹ era previsto no Decreto 165/1890, com instituição de privilégios aos bancos, tais como (a) cessão gratuita de terras devolutas, para fundamento de estabelecimentos industriais; (b) direito de preferência, para construção de estradas de ferro e outras obras do governo; (c) direito de preferência para

³¹¹ No relatório do Ministério da Fazenda citado por Werneck Vianna (1999, p. 70), lê-se: “O desenvolvimento da indústria não é somente para o Estado questão econômica; é, ao mesmo tempo, uma questão política. No regime decaído, todo de exclusivismo e privilégio, a nação, com toda sua atividade social, pertencia a classes ou famílias dirigentes. Tal sistema não permitia a criação de uma democracia laboriosa robusta”.

exploração de minas; (d) direito de preferência nos contratos com o governo para projetos de colonização e imigração; (e) direito de desapropriação, isenção de impostos, entre outros (VIANNA, 1999, p. 71 e 72). Vianna (1999) descreve o período 1888–1891 como de constituição de um monopólio financeiro e de crescimento expressivo do capital das empresas brasileiras:

Na realidade, o projeto modernizante do Estado pressupunha a constituição de um poderoso monopólio financeiro, cujas bases ele próprio inventava por disposição legal, através do duplo recurso da emissão com base em títulos da dívida pública e da concessão de favores excepcionais. (...) Entre 13 de maio de 1888 e 15 de novembro de 1889, o capital das empresas chegou à cifra de 403 mil contos, enquanto nos 64 anos anteriores à Abolição atingia apenas 411 mil, fato que comprovava a anterioridade do encilhamento em relação à República. Após a Proclamação da República, a tendência se acentuou dramaticamente e, no final de 1891, o capital das sociedades anônimas ascendia a 2200 mil contos. Em 1890, só na Junta Comercial do Rio de Janeiro consta a criação de 38 bancos e 294 outras sociedades anônimas, aos quais se acrescentam, no ano seguinte, mais 51 bancos e 255 empresas (VIANNA, 1999, p. 72).

O BIS sugeriu aos governos, em 2013, “‘reformas’ econômicas, cujo motor o relatório atual e breve objetivamente resumiu como *‘enhancing flexibility: a key to growth’* [aprimorando a flexibilidade: um caminho para o crescimento]. (...) [Entre outras propostas, havia o objetivo de] reconstruir o Estado na direção do regime de austeridade ou do Estado de consolidação” (STREECK, 2018, p. 30). O autor, portanto, relaciona a crise das finanças públicas, referente ao endividamento dos Estados, com as crises bancárias e da economia real, referentes, respectivamente, ao “crédito podre” dos bancos e à relação entre desemprego e estagnação na economia (STREECK, 2018, p. 57).

A regulação social do trabalho, nesse sentido, não escapa às transformações do Estado. Pelo contrário: um Estado sadio financeiramente é aquele que se entende devedor, ainda que democrático, e que tem nos seus contratos civis com credores uma forma de tornar o exercício do governo uma mera alocação recursos escassos. Rebaixa-se o governo, que abdica de tomar grandes decisões políticas. As decisões, então, são conduzidas por uma racionalidade pragmática e de economização, que deve orientar o Estado brasileiro e, portanto, os direitos fundamentais quando analisados pelo Estado.

b) Estado-terapêutico da relação capital-trabalho

Esteve em discussão no Supremo, notadamente a partir de 2014, o papel do Estado na sociedade brasileira. No centro do debate, também, a força normativa³¹² dos direitos fundamentais sociais, que não passou ilesa à transformação do Estado. Os precedentes que serão expostos a seguir são históricos, porque antecedem e anunciam as contrarreformas neoliberais, antes do ano de 2017, quando as duas principais leis vêm a debate e são aprovadas³¹³.

Conhecer os documentos judiciais fornece identificação de dimensões concretas da racionalidade do Estado brasileiro, em transformação. Apenas afirmar que o Estado precarizou o trabalho, por meio de decisões judiciais e de leis ordinárias, sem considerações sobre as dinâmicas singulares dos diferentes processos, é impreciso e resulta na falsa sensação de que os precedentes judiciais são irrelevantes. O conceito de ilegalidades constitucionais do trabalho ajuda a conferir diferenciação e precisão analítica a essa processualidade, que possui forte impacto sobre cláusulas contratuais e sobre a construção de uma principiologia da autonomia privada no Direito do Trabalho brasileiro.

Em uma democracia constitucional, nenhuma lei tem eficácia se desacompanhada de compatibilidade com a Constituição Federal, por força da supremacia constitucional, já mencionada. No entanto, vigora a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos³¹⁴. Essa presunção somente é definitivamente afastada quando o guardião da Constituição, no caso brasileiro o STF, estabelece qual a *interpretação correta* do juízo de compatibilidade entre lei e Constituição, conforme artigo 102 da CRFB/1988: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Assim, a principal ou essencial função institucional do Supremo Tribunal Federal é a guarda da Constituição. Significa dizer, com a Ministra Rosa Weber, em acórdão já citado, “(...) que a Constituição é viva, a Constituição é aquilo que o Supremo

³¹² Por força normativa, compreende Barroso (2008, p. 266): “(...) as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.

³¹³ Leis 13.429/2017 e 13.467/2017.

³¹⁴ “As leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e sobretudo os que regem a Administração Pública (art. 37). Trata-se, naturalmente, de presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. O ônus de tal demonstração, no entanto, recai sobre quem alega a invalidade ou, no caso, a inconstitucionalidade. Este, aliás, é o papel de uma presunção em Direito: determinar que o ônus da prova é da parte que pretende infirmá-la” (BARROSO, 2015, p. 335)

diz que é, a interpretação que confere ao Texto Constitucional” (BRASIL, 2015d, p. 134 e 135). Pode-se concordar ou discordar da Ministra. Mas não se pode negar que, ao final, é este entendimento que tem eficácia jurídica e, portanto, *força de lei*.

O caminho jurídico das transformações da intervenção estatal sobre o contrato de trabalho informa que o STF estabeleceu uma racionalidade e a reitera de maneira coerente, desde 2014, como um “romance em cadeia”³¹⁵. Afastou-se a validade de precedentes judiciais do Tribunal Superior do Trabalho, que afirmavam a ilicitude de diferentes lesões a direitos, como decisões incompatíveis com a razoabilidade. A noção de razoabilidade é típica do direito estadunidense e conforma um capítulo à parte da americanização do direito constitucional brasileiro, como defendida pelo Ministro Barroso em sua produção acadêmica (BARROSO, 2008).

O próprio Judiciário trabalhista foi considerado custoso e recebeu um corte de gastos *razoável*, é bom lembrar, muito recentemente. Os magistrados não são considerados um bloco homogêneo, pelos promotores da austeridade no país. Veja-se, por exemplo, que a Lei Orçamentária Anual de 2016 (Lei 13.255/2016) realizou um corte de gastos *seletivo* em relação ao Judiciário, incidindo sobre o setor trabalhista a maior parte da retenção. Foram 90% de corte nas despesas de investimento e 24,9% nas de custeio. Daí se origina a ADI 5.468, cuja requerente é a ANAMATRA (Associação Nacional de Magistrados do Trabalho).

O relator da Lei Orçamentária no ano de 2016, Deputado Federal Ricardo Barros (PP/PR), disse em conferência: “Tenho alergia à Justiça do Trabalho! (...) Que precisa parar de ser cega e burra!”, como noticiou Coutinho (2017, p.48). Ainda assim, a ADI 5.468 foi julgada improcedente, com votos divergentes³¹⁶, por força da separação de poderes e da atribuição constitucional de decisão orçamentária ao Poder

³¹⁵ Expressão cunhada por Dworkin (1999), referente à coerência criativa esperada dos magistrados em relação à tradição jurídica de decisões. Os juízes devem ser atores institucionais que criam a tradição, sem deixar de fazer parte dela. Nas suas palavras, “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante” (DWORKIN, 1999, p. 276).

³¹⁶ Votam pelo provimento da ADI os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Leia-se parte da razão de decidir do Ministro Celso de Mello: “Não constitui demasia lembrar que o desvio de finalidade – que tenho por caracterizado no caso ora em julgamento, em que se registrou evidente manipulação abusiva da legislação orçamentária, utilizada como um inqualificável instrumento de dominação e de subjugação da Justiça do Trabalho – configura vício apto a contaminar a validade jurídica do ato legislativo em questão, no ponto objeto da presente controvérsia, inquinando-o de nulidade, tal como adverte o magistério doutrinário” (BRASIL, 2017f, p. 117).

Legislativo³¹⁷; Vale ressaltar que Ministros que votaram pela improcedência da ação reconheceram o tratamento “evidentemente discriminatório” realizado³¹⁸.

O tema é sensível, porque os custos e as planilhas fazem parte da gramática da eficiência do Estado brasileiro e, também, da nova racionalidade que orienta as decisões do Supremo, desde 2014 (COUTINHO, 2017b). Sobre o custo médio processual por ramo da Justiça, referindo-se a dados de 2013 do CNJ, aduz o Ministro Gilmar Mendes no seu voto na ADI 5.468: “[em 2013, o] custo médio de processo, era de 2.369. A Justiça estadual conseguiu os melhores resultados, um custo de 1.795; na Justiça Federal, os gastos de processos foram de 2.063; a Justiça do Trabalho apresentou valor mais elevado, 3.250” (BRASIL, 2017f, p. 96).

O Ministro Lewandowski, utilizando-se de argumentos referentes à igualdade nos cortes orçamentários, fez considerações críticas a respeito da lei em seu voto, pois o Poder Judiciário não teve custos *igualmente* contingenciados. Comparou, para tanto, a Justiça do Trabalho com outros ramos do Judiciário e afirmou que ela “teve um corte de mais de 50%. Então, por exemplo, todas as justiças tiveram em média um corte de 15% no custeio e de 40% no investimento, ao passo que a Justiça do Trabalho teve 30% de corte no custeio e 90% de corte no investimento” (BRASIL, 2017f, p. 134).

O itinerário de movimentos estatais que operam o poder de legalidade do Estado exigiu desconstruir a compreensão juslaboral sobre temas constitucionais. A judicialização política em torno dos direitos trabalhistas, no Brasil, adquire força no governo Fernando Henrique Cardoso e as ações diretas de inconstitucionalidade. As ADIs “canalizam para o STF conflitos políticos que, no caso, quase sempre opõem o governo aos trabalhadores” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2010, p. 66). Nesse sentido, o Grupo de Pesquisa Configurações Institucionais e Relações de Trabalho catalogou e analisou as ADIs no STF, para mostrar que, desde 1988 até julho de 2012, foram ajuizadas 4.751 ADIs, das quais 213 versavam sobre matéria trabalhista (SILVA et. al., 2012, p. 21).

³¹⁷ Como se depreende da ementa do acórdão em seu item 1: “1) A separação dos poderes, sob o enfoque da pré-compreensão das funções institucionais e constitucionais proporciona a interpretação de que a atividade de “fixar” – isto é, de “deliberar acerca” e “definir” – o orçamento corresponde a uma das típicas atribuições do Poder Legislativo na seara do Estado Democrático de Direito (CRFB/1988, art. 1º)” (BRASIL, 2017f, p. 02).

³¹⁸ Veja-se, por todos, trecho do voto do Ministro Barroso, que vota pelo indeferimento da ADI, mas ressalva: “(...) a queixa apresentada na ação, ela é totalmente fundada no sentido de que houve um tratamento evidentemente discriminatório em relação à Justiça do Trabalho; só sofreu essa redução drástica o orçamento da Justiça do Trabalho e não o orçamento das outras Justiças especializadas. Portanto, essa é uma queixa legítima, embora, a meu ver, seja uma queixa política, que não consegue ser veiculada como uma pretensão judicial” (BRASIL, 2017f).

Os três momentos altos de judicialização de temas trabalhistas, segundo sistematização elaborada pelo grupo, foram os de 1990, 1998 e 2008, como se pode observar na figura abaixo:

Figura 7 - Distribuição anual de ADIs em matéria trabalhista ajuizadas entre 1988 e 2008



Fonte: SILVA et. al., 2012, p. 22.

A jurisdição constitucional atua como condição de possibilidade para que seja possível tornar lícitas as ilegalidades constitucionais do trabalho. O conceito utilizado nesta tese, portanto, destaca a mutabilidade do conteúdo jurídico dos dispositivos constitucionais, afirmando a força normativa da CRFB/1988, por meio do exercício da atuação do STF como guardião da Constituição. Exemplifique-se com três precedentes, em julgamentos que invertem o sentido constitucional de dispositivos normativos protetivos.

O primeiro deles se refere à Lei do FGTS (Lei 8.036/90), cuja constitucionalidade foi avaliada no RE 522.897/RN e no ARE 709.212/DF, este último elevado a tema de repercussão geral, sob o n. 608. Ambos os acórdãos decidem no mesmo sentido. O objeto de análise incidental de constitucionalidade era o art. 23, §5º, do referido dispositivo normativo, que assim dispunha: “§ 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”.

Assim, a prescrição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço seria de trinta anos. Se o empregador não depositasse os valores devidos à trabalhadora e ao

trabalhador por força da Lei do FGTS, por exemplo, em 2010, o empregado poderia exigir judicialmente o pagamento desta lesão ao seu direito subjetivo até 30 anos depois, isto é, no ano de 2040, um dia antes do mesmo dia em que houve a lesão. Ilustrativamente, um depósito não realizado em 30 de janeiro de 2010 poderia ser cobrado judicialmente até 29 de janeiro de 2040.

No entanto, com a modificação do entendimento jurisprudencial sobre o tema, no âmbito do RE 522.897/RN³¹⁹, a prescrição deixou de ser trintenária e passou a ser quinquenal, ou seja, limitada a 5 anos contados da lesão³²⁰. Assim sendo, mesmo que o empregador tenha cometido a ilegalidade de não depositar o FGTS por 30 anos, apenas cinco deles são exigíveis em juízo. Os outros 25 anos, doravante, serão considerados ilegalidades constitucionais do trabalho. Ainda que ilegais, são constitucionais. Ou, conforme a técnica jurídica positivista, afasta-se a eficácia do dispositivo legal, declarado inconstitucional pelo STF.

Também era considerada ilegal, por expressa previsão de súmula do TST, que fossem retirados de trabalhadores direitos previstos em contratos coletivos, que não tivessem sido revogados por nova convenção ou acordo coletivo de trabalho. Ou seja, a eficácia de um direito previsto em convenção coletiva, por exemplo o direito a um benefício acordado, como a disponibilização de plano de saúde pelo empregador, não poderia ser retirado de trabalhadoras e trabalhadores, exceto por novo contrato coletivo. Se o empregador resolvesse deixar de pagar o plano de saúde para empregados e empregadas, porque vencido o prazo do contrato coletivo, estaria cometendo uma *ilegalidade*. Após decisão do STF, no âmbito da ADPF 323, essa ilegalidade foi tornada constitucional.

A ADPF 323 foi ajuizada pela CONFENEN (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino). O controle abstrato de constitucionalidade teve como objeto a Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, que estipulava que “As

³¹⁹ “Declarou-se a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 e do art. 55 do Decreto nº 99.684/90, com eficácia *ex nunc*, de modo a alcançar apenas os processos ajuizados posteriormente à data deste julgamento (Lei nº 9.868/99, art. 27). A posição forma pela aplicação do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que prevê prazo prescricional para 'créditos resultantes das relações de trabalho' de cinco anos” (COUTINHO, 2017, p. 52).

³²⁰ O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da súmula 362, realizou a modulação temporal dos efeitos da decisão do STF, como se pode ler: “I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)”.

cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

Ou seja, antes da decisão da ADPF 323, uma vez celebrada uma negociação coletiva entre sindicato de trabalhadores e empregadores, suas disposições teriam vigência até que novo contrato coletivo as revogasse. Por exemplo, se um Acordo Coletivo de Trabalho tivesse como prazo de vigência o dia 10 de outubro de 2015 e esse prazo fosse ultrapassado, mas nenhum novo contrato coletivo fosse celebrado, entender-se-ia que suas disposições normativas teriam sua eficácia estendida no tempo. Com a decisão judicial na ADPF 323, a vigência do Acordo Coletivo de Trabalho acima, que exemplifica o tema, encerrar-se-ia no seu prazo contratual, ou seja, em 10 de outubro de 2015.

No acórdão do STF, afirma-se que o TST havia formulado a Súmula 277 de forma “arbitrária” (BRASIL, 2016c, p. 57)³²¹, assumindo função legiferante que atacaria trâmites e garantias típicas do processo legislativo, em especial por ter modificado entendimento anterior, em “proeza digna de figurar no livro *Guinness*”³²² (BRASIL, 2016c, p. 53)³²³.

O Relator do acórdão no STF, em 2016, palestrou em evento promovido pela Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB) e pela Câmara Americana de Comércio (Amcham) e afirmou, como notícia e registra Coutinho (2017b, p. 44), que o TST, “(...) do seu ponto de vista manifesta uma má vontade para com o capital, desfavorecendo no excesso de judicialização as empresas e adotando uma hiperproteção do trabalhador, que é tratado quase como um sujeito dependente de tutela”.

³²¹ “Da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional” (BRASIL, 2016c, p. 57).

³²² “A alteração de entendimento sumular sem a existência de precedentes que a justifiquem é proeza digna de figurar no livro do *Guinness*, tamanho o grau de ineditismo da decisão que a Justiça Trabalhista pretendeu criar. Em tentativa de conferir aparente proteção à segurança jurídica, algumas turmas do TST chegaram a determinar que a nova redação da Súmula nº 277, ou seja, que admite a ultra-atividade, seria válida apenas para convenções e acordos coletivos posteriores a sua publicação. Isso tudo, ressalte-se, de forma arbitrária, sem nenhuma base legal ou constitucional que a autorizasse a tanto” (BRASIL, 2016c, p. 53 e 54).

³²³ “Ao avocar para si a função legiferante, a Corte trabalhista afastou o debate público e todos os trâmites e as garantias típicas do processo legislativo, passando, por conta própria, a ditar não apenas norma, mas os limites da alteração que criou. Tomou para si o poder de ponderação acerca de eventuais consequências desastrosas e, mais, ao aplicar entendimento que ela mesma estabeleceu, também o poder de arbitrariamente selecionar quem por ele seria atingido” (BRASIL, 2016c, p. 53).

Este acórdão, como destacado por Coutinho (2017b, p. 44), indica que o Direito do Trabalho deve fomentar fontes autônomas e alternativas de resolução de conflitos, além de postular a igualdade entre os sujeitos contratantes³²⁴, sem a imposição de normas jurídicas no contrato. Em outras palavras, as decisões defendem a retirada da intervenção estatal no contrato de trabalho, considerada inadequada e inoportuna, em face do necessário estímulo às negociações coletivas³²⁵.

Analisar como uma ilegalidade passa a ser considerada constitucional, nessa perspectiva, torna visível como a migração doutrinária entre um modelo juslaboral privatístico subordinado e um modelo juslaboral negocial, típico dos Estados Unidos, opera-se mediante a transformação de objetos ilícitos em objetos lícitos contratualmente.

Cria-se um ambiente jurídico em que múltiplas composições contratuais passam a ser consideradas lícitas e, portanto, prescindirão de qualquer controle pela esfera judicial do Estado, o que, em tese, diminui os custos do conflito capital-trabalho. Na prática, a desigualdade do trabalho cresce, as lesões contratuais são legalizadas, a exploração se expande em direção à maior taxa de mais-valia furtada do trabalhador, de forma *constitucional*, entre outros efeitos.

Para fornecer, enfim, um terceiro e significativo exemplo, inicia-se a compreensão do princípio constitucional da autonomia coletiva da vontade, como entendido pelo STF. Este princípio possibilita que trabalhadores operem juridicamente renúncias a direitos indisponíveis, como suas verbas salariais, e era considerada ilegal pelo Tribunal Superior do Trabalho.

A Corte trabalhista interpretava esse ato de disposição do trabalhador como uma autonomia privada realizada com vício de consentimento. Isto é, por conta de sua situação de dependência econômica de contraprestações financeiras e da instabilidade do vínculo contratual, o trabalhador tenderia a aceitar negociações que suprimissem direitos, por receio de demissão. Esse “aceitar” seria resultado da relação de poder, e não de uma liberdade que se expressava contratualmente.

³²⁴ “(...) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a valorizar a autonomia coletiva da vontade e da autocomposição dos conflitos trabalhistas, nos termos do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal” (BRASIL, 2017, p. 33).

³²⁵ “Em relação a aspectos negativos, Sergio Pinto Martins indica que a incorporação das normas coletivas ao contrato individual de trabalho implica obstar novas negociações coletivas e estimular que o empregador dispense aqueles trabalhadores que tenham cláusulas incorporadas em seus contratos de trabalho, a fim de admitir outros, com benefícios inferiores” (BRASIL, 2017, p. 42).

Por exemplo, na situação de um Plano de Demissão Incentivada, poderia um trabalhador ser levado a renunciar um valor a que teria direito, mas que não teria segurança de que receberia a curto prazo ou na Justiça. Imagine-se uma situação em que os créditos reais, devidos ao trabalhador, seriam de 300 mil reais. Ao aderir ao PDI, receberia imediatamente, pela adesão ao plano, o valor de 30 mil reais. Nesse sentido, renunciaria a 270 mil reais, por expressão de sua “autonomia” privada.

No entendimento do TST, essa renúncia de direitos era considerada ilegal, ainda que o Plano de Demissão Incentivada fosse resultante de um contrato coletivo entre sindicato de trabalhadores e empregador. Após decisão do STF, também essa ilegalidade passou a ser considerada constitucional.

Foi no Recurso Extraordinário 590.415 que o STF afirma que o Estado deve realizar uma atuação “terapêutica” sobre a relação capital-trabalho (BRASIL, 2015a). Trata-se de um precedente especialmente relevante, para os fins da exposição dos resultados de pesquisa, por consolidar interpretação constitucional sobre tema sensível do contrato de trabalho, qual seja, o princípio constitucional da autonomia coletiva. O STF fixou a seguinte tese, no acórdão:

7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado” (BRASIL, 2015a, p. 02).

Na decisão, foi afastado o princípio da irrenunciabilidade a direitos fundamentais do trabalho, para validar o negociado sobre o legislado³²⁶, situação antes proibida pelo Tribunal Superior do Trabalho, por possibilitar a violação de direitos básicos do trabalhador³²⁷. O STF, por unanimidade, tornou possível que sindicatos

³²⁶ No caso em debate, discutiu-se a possibilidade de supressão de artigo da CLT por meio de negociação coletiva. Ou seja, do conhecido *negociado sobre o legislado*. Veja-se redação do artigo 477, §2º, em debate:

“Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo

(...) § 2º - O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas”.

³²⁷ O TST se posicionava de forma restritiva em súmula e também nos fundamentos da decisão recorrida. Como afirmava o TST na decisão reformada pelo STF, “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância, quando levado a anuir com preceitos coletivos que lhe subtraem

firmem acordos coletivos que tornem disponíveis tais direitos, com relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que teve seu voto acompanhado por todos os demais. A unanimidade é expressão, a um só tempo, da importância dos fundamentos do voto e da tendência de posicionamento do STF alinhado com a contrarreforma trabalhista de 2017.

Com fundamento em uma forte cisão entre direito individual do trabalho e direito coletivo do trabalho, o relator do recurso afirma que não se verifica entre os sindicatos de trabalhadores e patronais uma diferença de poder de decisão autônoma relevante, tal como a que se verificaria entre empregadores e trabalhadores. Nas palavras do Ministro Barroso (BRASIL, 2015a, p. 07): “(...) tal assimetria entre empregador e empregados não se coloca – ao menos não com a mesma força – nas relações coletivas”.

Ausente ou considerada “menos forte” a diferença de poder de decisão, o direito coletivo do trabalho teria maior propensão para fundamentar, ainda que indevidamente, seus institutos na autonomia da vontade do sujeito. Apesar disso, encontraria obstáculo no modelo de normatização juslaboralista, criticado pelo Ministro Barroso como heterônomo, com padrão corporativo-autoritário,

que rejeita a autocomposição e a produção de normas privadas, através da submissão do conflito trabalhista ao rigoroso controle do Estado, direta ou indiretamente, no último caso, por meio de uma legislação minuciosa, que procura antecipar e/ou eventualmente sufocar o embate entre empregados e empregadores (BRASIL, 2015a, p. 08)

Foi a Constituição de 1988, narra o Ministro Barroso, que teria permitido a transição do modelo corporativo-autoritário para um modelo mais democrático e autônomo, o que é assentado na indicação em espécie de direitos fundamentais do trabalhador brasileiro, presentes nos arts. 7º e 8º da CF/88, bem como pela ratificação da Convenção n. 98/1949 e da Convenção n. 154/1981, da Organização Internacional do Trabalho.

Uma afirmação forte, do Ministro, segue-se a essa fundamentação: o modelo democrático e autônomo, após a CF/88, “tem nas relações grupais a sua categoria básica” (BRASIL, 2015a, p. 14). Prossegue o Ministro, em seu voto: a força normativa da autonomia coletiva da vontade fundamentaria, desse modo, a relação entre negociação coletiva e democracia, da qual resultaria a “maioridade cívica” do

direitos básicos”. Já na Súmula 330, I, afirma: “A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas”.

trabalhador. O diálogo, na negociação coletiva, oferece uma “atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho”, uma “experiência de autogoverno” e um “processo de autocompreensão”, para que o trabalhador possa, também, “aprender com os próprios erros” e, assim, evitando a “permanente atrofia de suas capacidades cívicas” e a “consequente exclusão de parcela considerável da população do debate público” (BRASIL, 2015a, p. 18).

Nesse sentido unívoco de prevalência do negociado sobre o legislado, afirma-se como fundamento jurídico da radical transformação do modelo juslaboral, por decisão do Poder Judiciário, a necessidade de *lealdade contratual* no âmbito da negociação coletiva³²⁸ e a inevitabilidade da lógica de custos³²⁹. Em outra relevante dimensão, o Ministro Fux antecipa a contrarreforma trabalhista, ao estabelecer como razão de decidir a importância de que a transação extrajudicial tenha efeito de coisa julgada, isto é, não seja recorrível judicialmente³³⁰.

É certo que a decisão judicial superestima a situação dos sindicatos e da ideia de representação no Brasil, bem como ignora os elementos reais de exclusão do trabalhador no debate público. Para os fins específicos desta subseção, a análise crítica do acórdão oportuniza a apresentação de um dos dilemas dos direitos fundamentais de liberdade dos trabalhadores, qual seja, uma certa compreensão da relação entre Estado e trabalho no Brasil, que afirma uma hierarquia de liberdades, supondo que a liberdade coletiva dos trabalhadores tenha a mesma potência que a liberdade coletiva dos empresários.

³²⁸ “É relevante, ainda, para a análise do presente caso, o princípio da lealdade na negociação coletiva. Segundo esse princípio os acordos devem ser negociados e cumpridos com boa-fé e transparência. Não se pode invocar o princípio tutelar, próprio do direito individual, para negar validade a certo dispositivo ou diploma objeto de negociação coletiva, uma vez que as partes são equivalentes, ao contrário do que ocorre no ramo individual. Quando os acordos resultantes de negociações coletivas são descumpridos ou anulados, as relações por eles reguladas são desestabilizadas e a confiança no mecanismo da negociação coletiva é sacrificada” (BRASIL, 2015a, p. 25).

³²⁹ “Os planos de demissão incentivada (PDIs) surgiram na década de oitenta, como recurso pelo qual as empresas procuraram sobreviver aos efeitos da globalização, optando pela redução de custos com pessoal como alternativa emergencial para tornarem-se mais competitivas. A categoria dos bancários foi uma das mais afetadas por tais medidas. Em 1986, era formada por 978.000 trabalhadores. Em 2003, contava com apenas 398.098 empregados” (BRASIL, 2015a, p. 29).

³³⁰ “E para não ser recorrente às ideias que aqui já foram sustentadas, mas que são ideias nucleares na solução desta questão, eu relembro que de há muito pertence ao ramo do supradireito a noção de que a transação extrajudicial, depois de homologada judicialmente, tem força de coisa julgada. De sorte que uma transação extrajudicial - e hoje essa transação consta como título executivo judicial, porque está coberta pela força da coisa julgada - sequer poderia permitir a abertura da ação para se discutir verbas eventualmente não incluídas nesse plano de adesão voluntária do empregador para sua demissão. A própria doutrina estrangeira sempre considerou a transação como uma sentença entre as partes de caráter irrevogável” (BRASIL, 2015a, p. 41).

Esse dilema distorce a realidade em dois sentidos evidentes: primeiro, ao afirmar que o modelo corporativo dos sindicatos foi extinto pela Constituição de 1988; segundo, ao indicar de forma generalista que as categorias de trabalhadores, representadas pelos sindicatos, expressam um poder igualável ao dos empregadores, eis que atuam de “forma coletiva”, “como as empresas”.

Há, porém, um sentido menos explícito, que conduz as decisões judiciais e pode ser observado a partir do ponto de vista de uma certa *americanização* do direito constitucional brasileiro, defendida pelo Ministro Barroso em sua produção acadêmica (BARROSO, 2008; BARROSO, 2015), antes citado. Talvez o Direito do Trabalho e sua tipicidade contratual fossem ainda uma barreira romano-germânica a este processo geral, pelo qual passa o Direito Constitucional brasileiro. Realize-se um primeiro olhar sobre o tema.

2.1.2 Artífícios da importação do sistema norte-americano

É possível concordar com Barroso (2008, p. 259) que o modelo norte-americano de jurisdição constitucional se expande globalmente, com as características de supremacia da Constituição, controle de constitucionalidade, supremacia judicial e ativa proteção dos direitos fundamentais. As três primeiras características ocorreram por força do caso *Marbury v. Madison*³³¹ (1803); a quarta, mais de um século depois, com base no período conhecido como Corte Warren (1953–1969)³³².

Nesta subseção, observam-se (a) características que fundamentam a noção de americanização do Direito do Trabalho e, na sequência, (b) aspectos da crítica à liberdade contratual e à razoabilidade no direito estadunidense. Quanto à hegemonia do

³³¹ "*Marbury versus Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais" (BARROSO, 2008, p. 275).

³³² “Os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) integram, de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo. (...) A verdade, contudo, é que quando Earl Warren deixou a presidência da Suprema Corte, em 1969, a segregação em escolas e demais ambientes públicos já não era mais permitida; o arbítrio policial contra pobres e negros estava minorado; comunistas ou suspeitos de serem comunistas não podiam ser expostos de maneira degradante e ruinosa para suas carreiras e suas vidas; acusados em processos criminais não podiam ser julgados sem advogado; o Estado não podia invadir o quarto de um casal em busca de contraceptivos” (BARROSO, 2008, p. 277). Uma abordagem crítica é apresentada por Mattei e Nader (2013): “O prestígio político e cultural internacional acumulado com o papel espetacular do Tribunal Warren (famoso em todo o mundo pelos casos de dessegregação) mostrou-se útil ainda por muito tempo depois do desaparecimento do Estado de Bem-Estar Social, como exemplo da benevolência do Direito norte-americano. Esta benevolência continua reconhecida até hoje, apesar do fato de que, nos últimos vinte anos, o encarceramento discriminatório, legalizado pelos tribunais, tem sido uma indefectível resposta às desvantagens raciais e econômicas nos Estados Unidos” (MATTEI; NADER, 2013, p. 353).

modelo de constitucionalismo estadunidense, adota-se compreensão de Sarmento (2017), para quem o reconhecimento de tal hegemonia não pode descuidar de um “(...) diferencial importante: muitas dessas novas constituições que contemplam a jurisdição constitucional são inspiradas pelo ideário do Estado Social” (SARMENTO, 2017, p. 87).

a) A “Americanização” do Direito do Trabalho

No seu texto sobre a *americanização do direito constitucional brasileiro*, Barroso (2008) percorre os diferentes períodos do constitucionalismo estadunidense. Situa a mudança do paradigma proprietário para o paradigma com centro na pessoa humana da Corte Warren³³³ e, em especial, sua contribuição para a dessegregação racial, com o Caso *Brown versus Board of Education*³³⁴. Menciona também a ascensão conservadora da Suprema Corte e a classifica como “a volta do pêndulo”, a partir da eleição de Richard Nixon, em 1968 (BARROSO, 2008, p. 281).

Mesmo assim, os períodos que ficaram conhecidos como Corte Burger (1969–1986) e Corte Rehnquist (1986–2005) não teriam revertido o avanço dos direitos civis. No interior do ascenso conservador, Barroso (2008) descreve uma atuação democrática da Suprema Corte, com a proibição de discriminação nas relações de trabalho, no Caso *Griggs versus Duke Power Co.*³³⁵, a defesa dos direitos das mulheres, no Caso *Roe versus Wade*³³⁶, e a defesa da liberdade de expressão, com o Caso *Pentagon Papers*³³⁷.

³³³ “Como se percebe, a Corte Warren transferiu o foco dos julgados da Suprema Corte do direito de propriedade para os direitos pessoais. No âmbito da liberdade de expressão, decisões como *New York Times v. Sullivan* (1964) e *Brandenburg v. Ohio* (1969) pavimentaram o caminho para uma imprensa forte e livre. Em *Griswold v. Connecticut* (1965), afirmou o direito de privacidade, reconhecendo, com base na Emenda 9, a existência de direitos não enumerados na Bill of Rights. Ainda no plano da igualdade racial, a Corte declarou, em *Loving v. Virginia* (1967), por unanimidade, a inconstitucionalidade da vedação de casamento inter-racial, que vigorava na Virgínia e em outros dezesseis estados. Em *Engel v. Vitale* (1962), considerou inconstitucional, por violação da Emenda 1, a leitura, todos os dias de manhã, de uma oração nas escolas públicas” (BARROSO, 2008, p. 280, grifos do autor).

³³⁴ “*Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, representou, no plano jurídico, a superação da doutrina do 'separados, mas iguais', estabelecida em *Plessy v. Ferguson*, ao considerar inconstitucional a separação entre crianças brancas e negras nas escolas públicas e determinar a adoção de uma política de integração” (BARROSO, 2008, p. 278, grifos do autor).

³³⁵ “Outro campo em que a Corte Burger não conseguiu a mesma unidade e clareza de propósitos da corte liderada por Warren foi o da igualdade racial. Em *Griggs v. Duke Power Co* (1971) 80, por exemplo, a Corte seguiu os passos de sua antecessora ao lidar com a discriminação nas relações de emprego” (BARROSO, 2008, p. 283, grifos do autor).

³³⁶ “Ao julgar o caso, a Corte afirmou a existência de um direito constitucional da mulher ao aborto, invalidando a maior parte das leis estaduais que o proibiam. *Roe* deflagrou um debate nacional que dura desde então, com os componentes políticos, religiosos e morais que dividem a sociedade americana entre o bloco favorável (*pro-choice*) e o contrário (*pro-life*)” (BARROSO, 2008, p. 284, grifos do autor).

³³⁷ “Em temas relacionados à liberdade de expressão, a Corte também proferiu importantes decisões. Em *New York Times v. United States* (1971), caso conhecido como *Pentagon Papers case*, a Suprema Corte

O caso *Griggs versus Duke Power Co* foi comentado no primeiro capítulo, quando da estruturação da categoria ilegalidades constitucionais do trabalho, pela importância de seus fundamentos jurídicos. Em trecho de Rios (2008, p. 121), já citado, a opinião unânime decidia: “(...) práticas, procedimentos ou testes facialmente neutros, e mesmo neutros em termos de intencionalidade, não podem ser mantidos se eles operam para ‘congelar’ o *status quo* anterior de práticas empregatícias discriminatórias”.

Afirma-se, assim, a admissibilidade de pensar o período como aquele em que avançam direitos de propriedade e não retrocedem significativamente direitos individuais, ainda que as garantias de direitos individuais sejam indiferentes para os pobres, na linha argumentada por Tushnet (1984).

Em seu texto, após percorrer os diferentes períodos da *common law* norte-americana, Barroso (2008) reafirma a crescente “americanização da vida”, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, e afirma a necessidade da importação do modelo norte-americano para os países de democratização tardia ou redemocratização recente. Nas suas palavras:

É certo, contudo, que países de democratização tardia ou de redemocratização recente **precisam do modelo** que foi celebrado e exportado, a despeito de suas idealizações. Nesses países, como regra, o processo político majoritário não consegue satisfazer plenamente as demandas por legitimidade democrática, em razão de distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas. Nesse cenário, melhor do que a vocação autoritária do Executivo ou a baixa representatividade do Legislativo é a atuação equilibrada e independente dos tribunais constitucionais. Na medida em que consigam escapar da captura pela política ordinária, cabe a eles o papel de garantidores da estabilidade institucional e dos avanços sociais possíveis (BARROSO, 2008, p. 301, grifos nossos).

Chama a atenção que a vocação autoritária do Executivo, a baixa representatividade do Legislativo e as distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas, fundamento da importação do modelo estadunidense, fazem parecer que o país norte-americano não possui problemas de origem semelhante. A narrativa é compatível com um movimento, narrado por Casagrande (2016, p. 114 e 115), segundo o qual diversos constitucionalistas latino-americanos têm se tornado, nos últimos vinte anos, divulgadores do direito dos Estados Unidos. No mesmo sentido, destacam Ugo Mattei e Laura Nader:

entendeu que o Governo Nixon não havia sido capaz de justificar a necessidade de censura prévia, em nome da segurança nacional, para impedir a publicação de relatório sobre a Guerra do Vietnam vazado para a imprensa” (BARROSO, 2008, p. 284, grifos do autor).

A história se repete. Assim como a Igreja (como instituição colonial que se ocuparia da educação de determinada classe local) e os antropólogos (que providenciariam o necessário grau de prestígio intelectual ao projeto colonial) facilitaram a pilhagem colonialista, hoje as instituições acadêmicas norte-americanas educam as classes dominantes locais. Os economistas fornecem o grau de prestígio intelectual indispensável para a prática da pilhagem por meio de um direito eficiente, que atende às necessidades de inovação e desenvolvimento (MATTEI; NADER, 2013, p. 174).

O movimento de americanização do direito brasileiro corresponde a uma disputa concreta entre duas visões de constitucionalismo, como recuperado por Casagrande (2016), o que se desenvolve desde o século XIX³³⁸. Mais recentemente, as modificações concretas do Estado brasileiro, por força do desenho institucional da Constituição de 1988, em especial após a Emenda Constitucional 45/1998³³⁹, parecem confirmar a hipótese de uma americanização do direito constitucional. Porém, aspectos dessa importação gradual merecem investigação e análise crítica.

O principal deles, sobre o qual se dedicarão as próximas reflexões, concerne à relação entre Estado e economia no direito estadunidense. Desenvolve-se, assim, não uma crítica à tese geral de Barroso (2008), mas uma compreensão mais matizada sobre o fenômeno de americanização, que chega ao Direito do Trabalho, com a crise da tipicidade contratual e a aproximação a elementos do modelo autônomo privatístico, conforme desenvolvido no Capítulo 1.

Pode-se dizer, com efeito, que há uma espécie de implantação grotesta de institutos de outros países para o Brasil, em especial em matéria de direitos sociais. Da leitura de razões de decidir baseadas nessa transposição artificial, identificam-se elementos da racionalidade neoliberal que conduz magistrados e transforma o direito juslaboral.

É um mito muito difundido a ideia de que a regulação do mercado, nos Estados Unidos, ocorreu apenas no século XX e, portanto, que o constitucionalismo norte-americano tenha como base uma contraposição entre a esfera econômica e a esfera

³³⁸ “De um lado, monarquia liberal-conservadora, supremacia do legislativo, *Civil Law*; de outro, república presidencialista e democrática, supremacia do judiciário, *Common Law*. A construção do constitucionalismo brasileiro ao longo de sua história pode, de alguma forma, ser descrita, na sua dualidade, como uma trajetória de lento deslocamento da tradição constitucional europeia para a tradição americana” (CASAGRANDE, 2016, p. 103).

³³⁹ “Esta doutrina vai aproximar o direito constitucional brasileiro de muitas das tendências do direito constitucional americano, sendo possível perceber sua força, por exemplo, nas mudanças promovidas na jurisdição constitucional brasileira pela Emenda Constitucional 45, que adaptou, ao nosso sistema, institutos típicos dos EUA, como a repercussão geral, a força vinculante das decisões e o reforço do controle difuso de constitucionalidade” (CASAGRANDE, 2016, p. 115).

estatal. Nessa narrativa, a intervenção pública não deve ocorrer nas relações privadas, “naturais”. Em outro sentido, o mercado estadunidense é fortemente regulado e estruturado pelo Estado, desde o século XVIII, como ressalta Bercovici (2013a, p. 107).

As distâncias entre o papel do Estado na sociedade norte-americana e europeia devem ser diminuídas, pois em ambas havia centralidade do direito proprietário e, por isso, podiam-se considerar “bem ordenadas” e com “Estado de Polícia” entre o final do século XVIII e começo do século XIX (BERCOVICI, 2013a, p. 108). Justamente nesse sentido, o reforço do poder dos magistrados, conferido pelo *judicial review*, tem uma origem conservadora e antipopular. As diferenças do desenho institucional se encontram nos objetivos da minoria proprietária: “O medo da maioria fez a elite norte-americana desejar um novo governo central, revertendo tendências democráticas e reforçando o poder dos magistrados em detrimento do legislativo” (BERCOVICI, 2013a, p. 111).

Por isso, causa perplexidade que Barroso (2008) não dedique, na sua narrativa sobre a americanização do direito brasileiro, maior espaço ao período conhecido como *Era Lochner*³⁴⁰. Sobre o período, afirma em nota de rodapé no texto sobre a *americanização do direito*:

Conhecido como *Lochner Era*, caracterizou-se pela declaração de inconstitucionalidade de inúmeras leis que permitiam a regulação econômica pelo governo e promoviam direitos sociais (*welfare rights*). Este período se encerra após o confronto de Franklin Roosevelt com a Suprema Corte, que seguidamente invalidou leis que previam maior intervenção do Estado na ordem econômica e social. Em 1937, ao julgar *West Coast vs. Parrish*, a Suprema Corte cedeu o passo aos novos tempos e às novas majorias políticas, considerando constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres (BARROSO, 2008, p. 276 e 277)

O tema geralmente destacado, no período, é o devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*), que serve de fundamento para o princípio de interpretação constitucional da *razoabilidade*. A razoabilidade é pensada como um instrumento de direito constitucional, um critério para aferição de constitucionalidade das leis (BARROSO, 2015, p. 340). Tal parâmetro, para Barroso (2015, 345), é instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público³⁴¹. É *razoável*,

³⁴⁰ A justificativa de Barroso (2008, p. 276) refere-se à delimitação do objeto de estudo, que envolveria o período posterior à Segunda Guerra Mundial e, por isso, não incluiria o período da Reconstrução, do New Deal e do ativismo judicial conservador.

³⁴¹ “O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a

nessa interpretação, que a prescrição trintenária do FGTS seja considerada inconstitucional, pois contrária ao interesse público. O caso da prescrição do FGTS, antes tomado como exemplo de uma ilegalidade constitucional do trabalho, ora é estendido para a compreensão dos seus fundamentos. Em especial, interessa a fundamentação do Ministro Barroso, pela importância de outros votos seus em precedentes trabalhistas, como no Caso BESC (BRASIL, 2015a), antes mencionado, que tornou constitucional o negociado sobre o legislado.

Inicia-se este relato com o voto do Ministro Marco Aurélio. Ele fez referência à existência de uma “opção” do trabalhador pelo FGTS, possibilidade jurídica inexistente, desde a Constituição Federal de 1988. Ademais, admitiu que não sabia se o empregado, demitido por justa causa, tem ou não direito ao recolhimento da verba. chegou a mencionar que a multa incidente ao FGTS é de 10%, quando a previsão da ADCT é de 40%. Em outro momento do seu voto, fundamentou que o prazo prescricional trintenário seria um “privilegio”, que não poderia ser mantido, “(...) na medida em que ‘todo privilegio é odioso’” (BRASIL, 2014b, p. 71).

O Ministro Fux, de maneira reiterada, mencionou a “opção” ao direito do FGTS; acompanhando o Ministro Marco Aurélio, também mencionou que a multa seria de 10%, ao invés de 40%; chegou a afirmar que o tempo de prescrição seria o tempo em que o trabalhador fica desempregado. Isto é, “(...) na lógica de seu argumento, os benefícios assistenciais seriam o fundamento para a retirada de direitos trabalhistas, o que, no fundo, não de ser, em certa medida, a política de muitos governos neoliberais” (SOUTO MAIOR, 2014, p. 24).

O Ministro Barroso, por outro lado, reconheceu a possibilidade infraconstitucional de ampliação de direitos, entre eles a elevação do prazo prescricional. Segundo Souto Maior, no entanto, “(...) sua lógica [a de Barroso], dentre todas, acabou sendo a mais deletéria para os trabalhadores” (SOUTO MAIOR, 2014, p. 24). Isso porque sustentou como fundamento os padrões da “razoabilidade”, a partir da compreensão individual do julgador.

medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto”.

Com base nisso, concluiu que o prazo trintenário seria “desarrazoado e excessivo”, comprometendo a segurança jurídica. Como fundamenta seu voto o Ministro Barroso: “(...) o dobro do maior prazo de usucapião, o triplo do maior prazo prescricional no direito civil, seis vezes superior ao prazo geral do direito tributário; que excederia o prazo máximo da privação da liberdade, do direito penal etc.” (SOUTO MAIOR, 2014, p. 25; BRASIL, 2014b, p. 02). A inconstitucionalidade do dispositivo, portanto, consistiria no seu estímulo à litigiosidade e à insegurança jurídica.

Para Souto Maior, a teoria pós-positivista ignora a especificidade do direito do trabalho. Embora ela se anuncie como técnica em defesa da efetividade dos direitos fundamentais, acaba se transformando em “(...) obstáculo à eficácia da proteção aos trabalhadores, isto porque legitima a extração da Constituição de princípios de natureza liberal” (SOUTO MAIOR, 2014, p. 28). A consequência é a retração ou anulação da proteção jurídica dos trabalhadores, por meio do típico argumento pós-positivista, qual seja, o da ponderação³⁴². Como conclui:

O casuísmo favorecido pelo “pós-positivismo”, permitindo valorações de direitos sociais a partir de postulados liberais, obsta a racionalidade do Direito Social. O Direito Social – e esta é a fase atual do direito, tomada como pressuposto de análise –, afastando qualquer abstração, pressupõe, concretamente, a análise valorativa dos problemas identificados na sociedade capitalista a partir do postulado da necessidade de preservação e elevação da condição humana, tendo como método o olhar das pessoas que se encontram em posição economicamente débil no seio da sociedade, ou de alguma forma fragilizadas, em razão das limitações culturais que se produzem socialmente, embora, quanto aos efeitos, não se limite, exclusivamente, a tais pessoas, visto que a racionalidade provocada se irradia ao direito como um todo, já que o capitalismo é, em última análise, um modelo de sociedade que acaba se introduzindo no próprio inconsciente das pessoas, as quais, desse modo, tendem a reproduzir sua lógica. O Direito Social, a partir desse olhar, objetiva a formulação das coerções eficientes para impor limites necessários às relações capitalistas, visualizando a superação das injustiças sociais geradas (SOUTO MAIOR, 2014, p. 31).

No seu *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Barroso (2015) afirma que o conjunto de

³⁴² “Nesse sentido, a prática de evitar, em concreto, a eficácia dos preceitos jurídicos sociais, mediante a reinserção dos valores liberais por intermédio do argumento da ponderação, representa a negação do Direito enquanto experiência histórica, recusando a luta de classes, que não se elimina com a construção da norma. (...) a teoria da ponderação derrama sobre o direito um jogo de palavras que serve à atração dos valores liberais, numa perspectiva exclusiva do individualismo, mascarados em direitos fundamentais, posicionando-os no mesmo plano dos direitos sociais e talvez por isso mesmo é que essa teoria teve tanta propaganda na era neoliberal” (SOUTO MAIOR, 2014, p. 28 e 29).

precedentes referentes à Era *Lochner* é central para a compreensão da ideia de razoabilidade, um dos principais instrumentos conceituais de interpretação judicial do modelo estadunidense. Nesta obra, dedica maior espaço à reflexão sobre o tema, mas ainda como um período da história, sem maiores reflexões sobre aspectos de técnica de interpretação judicial ou conteúdo normativo fixados pelo precedente (BARROSO, 2015, p. 45, 159 e 426)³⁴³.

O Caso *Lochner* se relaciona diretamente àquela que é considerada a segunda fase do devido processo legal. A primeira concerne a garantias processuais (*procedural due process*). Nela, a afirmação do direito abrigava garantias como citação, ampla defesa e recursos. Na segunda fase, considerada substantiva (*substantive due process*), “pode-se entender que o Poder Judiciário “passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais – especialmente da liberdade e da propriedade – em face do poder político” (BARROSO, 2015, p. 290).

b) Inversões constitucionais e o ardil da liberdade contratual

Este poder atribuído ao Judiciário, sobre o Legislativo, que Barroso identifica como *razoabilidade*, “assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins” (BARROSO, 2015, p. 290). Sobre a noção de devido processo legal, Bercovici (2013a, p. 119) recupera que tem origem na 14ª Emenda à Constituição dos EUA (1868),

³⁴³ Em três trechos, o autor se refere ao Caso *Lochner*. No primeiro, explica-o: “A decisão proferida em *Lochner v. New York* (1905) deu início ao período conhecido como ‘era *Lochner*’, no qual a Suprema Corte considerava inconstitucionais, por violarem a liberdade de contratar, normas que interferissem nas relações de trabalho, estabelecendo direitos sociais, como jornada máxima de trabalho ou salário mínimo. Em *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), a Corte mudou a orientação anterior e passou a admitir como legítima lei que fixava aqueles direitos” (BARROSO, 2015, p.45, grifos do autor). No segundo, contextualiza-o como um entendimento que foi ultrapassado pela jurisprudência, após o *New Deal*: “A jurisprudência formada a partir do *New Deal* rompeu frontalmente com o entendimento constitucional vigente ao longo da denominada era *Lochner*, passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição” (BARROSO, 2015, p. 159, grifos do autor). No terceiro, novamente se refere como o entendimento que foi ultrapassado pelo *New Deal*: “Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o *New Deal*, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenvolvida na era *Lochner*, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso ampliando a composição da Corte – ‘*Court-packing plan*’ –, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937” (BARROSO, 2015, p. 426, grifos do autor).

sob o discurso de ampliação da cidadania, mas paradoxalmente ela transforma o discurso da “Constituição de Todos” (*Everyman’s Constitution*) na realidade da Constituição Invertida (*Inverted Constitution*). Cuida-se de uma mudança profunda, com centro no instituto da corporação, referente então à grande empresa ou à sociedade anônima.

A respeito do primeiro precedente concernente ao tema, o Caso *Dartmouth College versus Woodward*³⁴⁴, Bercovici (2013a, p. 121) destaca que foi utilizada a liberdade contratual (*contract clause*) para impedir que o Poder Legislativo interferisse na empresa. Na sua avaliação, a decisão “consistiu em uma séria limitação à soberania popular, retirando dos órgãos políticos parte do controle sobre questões econômicas e sociais, sob a justificativa de, com essa limitação, estar protegendo os investimentos e a propriedade privada” (BERCOVICI, 2013a, p. 121).

Tal inversão do sentido constitucional da 14ª Emenda foi formulada por John Campbell, advogado no caso *Slaughterhouse* (1873)³⁴⁵. O Juiz Stephen Field, que concordava com Campbell desde o caso *Slaughterhouse*, passa a entender as empresas como pessoas, do ponto de vista constitucional, e defende a expansão da jurisdição constitucional para proteger as pessoas-empresas da sociedade³⁴⁶. Destaca-se, nesse sentido, o Caso *Santa Clara*, sobre o qual Gilberto Bercovici (2013a, p. 125):

³⁴⁴ “Neste caso, John Marshall liderou a decisão que determinava que os Estados não poderiam interferir nas ‘charters’ das corporações, sob pena de estarem violando a cláusula constitucional de proteção aos contratos (a célebre “*contract clause*”). *Dartmouth College* era uma corporação pública (não visava realizar negócios) de New Hampshire, cuja ‘charter’ havia sido modificada por uma lei estadual. Para Marshall, a ‘charter’ equivalia a um contrato celebrado entre o Estado e a corporação, portanto, não poderia ser modificada pela Assembleia Legislativa, sob pena de violação à proteção constitucional da liberdade contratual” (BERCOVICI, 2013, p. 121).

³⁴⁵ Campbell se opunha a um ato normativo da Assembleia Legislativa de Louisiana, que concedeu o monopólio do manejo e abate de animais a 17 açougueiros, no Estado, por vinte e cinco anos. Como advogado, defendeu que o “laissez faire” era parte da Constituição norte-americana, por força da 14ª Emenda. A Lei Estadual violaria o direito de centenas de açougueiros de Louisiana, que teriam direito de desenvolver atividade econômica por força da 14ª Emenda. Equiparava-se, assim, “a liberdade individual à liberdade de empresa e à liberdade de competição. A Suprema Corte manteve a legislação da Louisiana com base em um argumento de natureza racial do Juiz Samuel Miller, que entendeu que os ‘privilégios e imunidades’ e a ‘igual proteção da lei’ do texto da 14ª Emenda só se aplicariam para proteger o status dos escravos recém libertados. Embora Campbell tenha sido derrotado por cinco a quatro na Suprema Corte, o importante no *Slaughterhouse Case* é o fato da argumentação do chamado ‘laissez faire constitutionalism’ ter sido trazida à Suprema Corte e ter sido incorporada aos votos dos quatro juízes vencidos, notadamente o Juiz Stephen Field, que vai insistir nesta argumentação em vários outros casos importantes” (BERCOVICI, 2013, p. 123).

³⁴⁶ “O Juiz Stephen Field teve que justificar a aplicação da cláusula da “igual proteção da lei” às corporações, embora o texto da 14ª Emenda tenha sido escrito para proteger ‘pessoas’. Para Field, todas as garantias e salvaguardas existentes no texto constitucional para proteger a propriedade possuída pelos indivíduos deveriam ser invocadas para a proteção da propriedade das corporações. De acordo com suas palavras, proferidas no caso *San Mateo*, em 1882: ‘Looking at the object of the amendment, it must be admitted that it was intended primarily for the protection of the rights of natural persons; its language is mainly applicable to them. If it also include artificial persons, as corporations, whenever its language is

A partir do caso Santa Clara, a Suprema Corte dotou as corporações de direitos e privilégios, protegendo as empresas contra qualquer ação dos governos federal ou estaduais que pudesse prejudicar a sua existência, liberdade de atuação, bens ou ativos, sem o 'devido processo legal'. Esta doutrina, intitulada de 'substantive due process of law' foi, na realidade, o meio mais fácil encontrado para proteger o direito de propriedade dos acionistas das corporações da regulação estatal.

Trata-se de uma modificação no próprio conceito de propriedade, a partir de uma visão de proteção do capital. Bercovici (2013a, p. 126) menciona a importância da análise de John Commons, clássico autor dos Estados Unidos, sobre a ampliação do conceito de propriedade, que passa da ideia de coisas físicas para a noção de troca ou mercado.

Ao se ler Commons (1959), sobre a temática, convém destacar seu comentário sobre o Caso *National Telephone News Co. versus Western Union*, precedente no qual se estabelece: “Propriedade... não está, em seu sentido moderno, confinada àquilo que pode ser tocado pela mão ou visto pelo olho” (COMMONS, 1959, p. 18, *tradução livre*)³⁴⁷. Comentando a importância do caso, desenvolve o autor estadunidense:

Evidentemente, essas decisões dos tribunais foram projetadas para proteger o valor de troca da propriedade, (...) a definição da propriedade em si havia sido alterada de coisas físicas para o valor de troca de qualquer coisa, (...). Propriedade, nas decisões posteriores, significa qualquer uma das atividades esperadas implícitas em relação à coisa possuída, compreendida nas atividades de aquisição, uso e descarte da coisa. Um é propriedade, o outro é negócio. Uma é propriedade no sentido de coisas possuídas, a outra é propriedade no sentido de valor de troca das coisas. Um são objetos físicos, o outro são ativos negociáveis (COMMONS, 1959, p. 18, *tradução livre*)³⁴⁸.

susceptible of application to them, it must be because the artificial entity is composed of natural persons whose rights are protected in those of the Corporation. It may be that the chain which binds the individual into a single artificial body, does not keep them in their united form from the protection of the amendment. Corporations are not citizens, - the term applies only to natural persons, - and yet they are treated, as citizens within the clauses of the constitution which defines the judicial power of the United States, and declares that it shall extend to controversies between citizens of different states” (BERCOVICI, 2013, p. 124).

³⁴⁷ Trecho traduzido: "Property... is not, in its modern sense, confined to that which may be touched by the hand, or seen by the eye" (COMMONS, 1959, p. 18).

³⁴⁸ Trecho traduzido: "Evidently, these decisions of the courts had been designed to protect the exchange-value of property, (...) the definition of property itself had been changed from physical things to the exchange value of anything, (...). Property, in the later decisions, means any of the expected activities implied with regard to the thing owned, comprehended in the activities of acquiring, using and disposing of the thing. One is Property, the other is Business. The one is property in the sense of Things owned, the other is property in the sense of exchange-value of things. One is physical objects, the other is marketable assets" (COMMONS, 1959, p. 18).

Não se trata de uma modificação qualquer. A ampliação do conceito de propriedade corresponde ao aumento do poder empresarial e à sua blindagem em relação à jurisdição constitucional, então em expansão. A ideia de Constituição Invertida se refere precisamente a isso: a interpretação pela qual a Suprema Corte forneceu as bases para a reconstrução empresarial, ao retirar a possibilidade de que as empresas sofressem qualquer controle público³⁴⁹.

O *Caso Lochner*, para o constitucionalista, é aquele em que a atuação do Estado passa a ser limitada, inclusive na área juslaboral, introduzindo o *laissez faire* como essência do texto constitucional. Com base na liberdade contratual, “a Suprema Corte reteve a jurisdição sobre todas as questões constitucionais que envolvessem o direito de propriedade, tornando-se uma espécie de ‘árbitro econômico’ da Nação e protetora do poder econômico privado” (BERCOVICI, 2013a, p. 130). Veja-se a descrição de Cass Sunstein, em texto clássico sobre o Caso Lochner:

Lochner envolveu uma regulamentação promulgada pelo estado de Nova York que proíbe os empregadores de permitir ou exigir que os padeiros trabalhem por mais de sessenta horas em uma semana. A análise do Tribunal ocorreu em várias etapas. O Tribunal afirmou que o direito do contrato - em particular, o direito de comprar e vender mão de obra - faz parte da liberdade protegida pela cláusula do devido processo. Mas a Corte reconheceu que o 'poder policial' estava disponível para justificar invasões à liberdade contratual; assim, por exemplo, o governo poderia proteger a saúde ou a moral restringindo acordos contratuais. Aqui, no entanto, a Corte concluiu que a legislação sobre hora máxima não era permitida como uma 'lei trabalhista', porque os padeiros tinham plena capacidade legal (...) (SUNSTEIN, 1987, p. 877, *tradução livre*)³⁵⁰.

Em uma análise crítica do Caso *Lochner*, podem-se colher importantes lições da reflexão de Sunstein (1987). O jurista liberal estadunidense sustenta a importância de compreender por que a intervenção do governo era considerada problemática, mas sua inação, no sentido de neutralidade, não o era. Conforme o autor, “ambas,

³⁴⁹ “A inversão da constituição, assim, dá as bases jurídicas para a reconstrução empresarial da sociedade norte-americana a partir do final do século XIX. As corporações vão se livrar de boa parte dos controles públicos sobre sua atuação. A própria necessidade de aprovação legislativa das ‘charters’ vai ser, no decorrer do século XIX, abandonada”. (BERCOVICI, 2013a, p.126).

³⁵⁰ Trecho traduzido: “Lochner involved a regulation enacted by the state of New York prohibiting employers from permitting or requiring bakers to work for more than sixty hours in a week. The Court's analysis came in several steps. The Court said that the right of contract-in particular, the right to buy and sell labor-is part of the liberty protected by the due process clause. But the Court recognized that the "police power" was available to justify intrusions on liberty of contract; thus, for example, the government could protect health or morals by restricting contractual agreements. Here, however, the Court concluded that maximum hour legislation was not permissible as a "labor law," because bakers were of full legal capacity (...)” (SUNSTEIN, 1987, p. 877).

neutralidade e inação, foram definidas como respeito ao comportamento de atores privados nos termos da *common law*, à luz da distribuição existente de riqueza e direitos” (SUNSTEIN, 1987, p. 874, *tradução livre*)³⁵¹.

Resulta, assim, que a ordenação do mercado era entendida como natural, e não como uma construção *legal*, o que constitui uma chave de compreensão da relação entre Estado e corporação. Nas palavras de Sunstein, “A ordenação do mercado sob a *common law* era entendida como uma parte da natureza, ao invés de uma construção legal, e constituiu a linha de base para medir as linhas constitucionalmente críticas que distinguem ação de inação e neutralidade de partidarismo inadmissível” (SUNSTEIN, 1987, p. 874, *tradução livre*)³⁵².

No mesmo sentido, ressalta Bercovici (2013a, p. 128) que uma das consequências do caso é que o mercado de trabalho passa a ser compreendido como “qualquer mercado” e a organização coletiva de trabalhadoras e trabalhadores como prejudicial ao mercado e à eficiência. Os sindicatos, as greves e os boicotes “foram, assim, severamente punidos pelos juízes norte-americanos, sob a alegação de que estariam violando a proteção ao comércio interestadual, (...)” (BERCOVICI, 2013a, p. 128).

Um requisito especial é trazido para o âmbito da argumentação constitucional: a neutralidade, como uma espécie de *respeito aos contratos*. No geral, segundo Sunstein (1987), privilegia-se no caso a discussão sobre a “agressividade” da judicialização da política, conferindo-se pouca atenção a essa neutralidade. O conteúdo dessa neutralidade deve ser entendido como “preservação da distribuição existente de riqueza e direitos sob a linha de base da *common law*” (SUNSTEIN, 1987, p. 875, *tradução livre*)³⁵³.

Duas conclusões são resultantes dessa ordem de pensamento, para Sunstein. A primeira é que foi construída, pelo Poder Judiciário, uma “forte limitação dos fins admitidos para o governo”. A segunda conclusão é de que a principal preocupação do Judiciário foi de que “a legislação sobre hora máxima fosse partidária, não egoísta e

³⁵¹ Trecho traduzido: “(...) both neutrality and inaction were defined as respect for the behavior of private actors pursuant to the common law, in light of the existing distribution of wealth and entitlements”

³⁵² Trecho traduzido: “Market ordering under the common law was understood to be a part of nature rather than a legal construct, and it formed the baseline from which to measure the constitutionally critical lines that distinguished action from inaction and neutrality from impermissible partisanship” (SUNSTEIN, 1987, p. 874).

³⁵³ Trecho traduzido: “(...) preservation of the existing distribution of wealth and entitlements under the baseline of the common law” (SUNSTEIN, 1987, p. 875).

neutra, e não pública. Foi a neutralidade que a cláusula do devido processo legal ordenou, (...)” (SUNSTEIN, 1987, p. 877, *tradução livre*)³⁵⁴.

O “declínio lento e vacilante” da Era Lochner vem a ocorrer apenas com o Caso *West Coast Hotel* (SUNSTEIN, 1987, p. 880). Nele, determina-se corrigir os abusos do “interesse egoísta do empregador”, em vista do interesse público³⁵⁵. A ideia de razoabilidade, com suas marchas e contramarchas, tem como origem a pretensão de defesa das empresas e do capital, o que está longe de ser um detalhe para a utilização, como figura central de interpretação dos direitos sociais, a ideia de razoabilidade e outros argumentos econômicos sobre o Estado.

Como desenvolveu Ugo Mattei e Laura Nader (2013), “Os agentes empresariais de mercado e seus aliados políticos vêm modificando com rapidez os aspectos do Estado de Direito que podem desencorajar a pilhagem”. Os autores citam um aspecto global das transformações, que vai “(...) da reforma do Direito de responsabilidade civil à indústria da resolução alternativa de conflitos e a tetos para as punições em decorrência de danos, que os bem remunerados ideólogos do direito imperial anunciam como movimentos voltados para produzir ainda mais ‘Direito em sintonia com o mercado’” (MATTEI; NADER, 2013, p. 301).

Wendy Brown (2018) fornece, a partir da análise de precedentes judiciais da Suprema Corte dos Estados Unidos e de outras Cortes Estaduais, interpretação sobre a relação entre Estado e empresas. A característica principal é de uma fusão mais profunda, com envolvimento inclusive no mercado de ações, o que resulta na privatização dos lucros e na socialização dos riscos:

Os Estados não estão mais simplesmente “do lado das empresas”, mas envolvidos tão completamente nos mercados de ações e títulos (inclusive por dívida), que os próprios Estados enfraquecem quando esses mercados enfraquecem, correndo o risco de falir quando os últimos quebram. Ao mesmo tempo, o capital financeiro depende do aparato legal, assim como da geração de receita e capacidade redistributiva dos Estados – socorros financeiros são apenas a expressão mais óbvia disso. O tão celebrado mundo das ‘parcerias público-privadas’ (grassando tanto nas universidades quanto nas prisões, e nos serviços básicos de cidades inteiras) expressa uma fusão

³⁵⁴ Trecho traduzido: “Court’s concern was that maximum hour legislation was partisan rather than neutral-selfish rather than public-regarding. It was neutrality that the due process clause commanded (...)” (SUNSTEIN, 1987, p. 877).

³⁵⁵ É válido ressaltar que a ideia de um “declínio lento e vacilante” faz referência à compreensão de que houve algumas decisões que possuíam compreensão diversa da do Caso Lochner, ou seja, que reconheciam leis sociais como válidas antes do caso paradigmático do *West Coast Hotel*. Isso ocorria, em especial, por argumentos baseados em conexões plausíveis entre meio e fim ou porque, em alguns locais, a Corte gradualmente concluiu que objetivos redistributivos poderiam ser considerados públicos. Por público, entenda-se neutro (SUNSTEIN, 1987, p. 880).

mais profunda entre Estados e iniciativa privada. Diferentemente de uma mera terceirização, tais parcerias privatizam os ganhos enquanto socializam os riscos e, na medida em que precisam ser lucrativas para os investidores, sujeitam os cidadãos a mais apertos (BROWN, 2018, p. 22)

Com o Caso *Citizens United versus Federal Election Commission*³⁵⁶ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010), Brown (2018, p. 25) exemplifica que, justamente pela atribuição da característica de pessoa às empresas, a Corte estendeu afastou as limitações à doação empresarial de campanhas, pelo direito da pessoa-empresa à liberdade de expressão. O raciocínio de defesa empresarial, por meio do discurso dos direitos das pessoas, não é estranho aos precedentes da Suprema Corte, como se pôde analisar no Caso *Lochner*.

Cuida-se do que Brown (2018) denomina *economization of law*, realizada quando o Judiciário fundamenta suas decisões sobre a constitucionalidade de leis em uma proposta de tratamento igualitário entre empresa e trabalhadores, apresentando estes como autônomos e responsáveis “pelos próprios erros”, para retomar a frase antes mencionada por Barroso, conforme já citado (BRASIL, 2016b). O direito economizado promove a justiça por meio de uma utilização diferente dos investimentos públicos, que aposta no livre mercado e, de forma sutil, termina por “erodir” direitos.

Para ilustrar o raciocínio da autora norte-americana, mencionem-se dois casos analisados por ela. No Caso *State ex rel. Ozanne versus Fitzgerald*, proferido pela Suprema Corte do Estado de Wisconsin³⁵⁷ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2012), foi mantida a validade da Lei Estadual que esvaziava o poder negocial, ou de “de barganha coletiva”, dos sindicatos públicos. Já na decisão *Wal-Mart Stores, Inc. versus*

³⁵⁶ "Em janeiro de 2010, no caso *Citizens United versus Federal Election Commission*, a Suprema Corte dos Estados Unidos votou contra o veto governamental a contribuições empresariais para os Super-PACs, os comitês de ação política formados para apoiar candidatos fora do escopo de suas campanhas. Chamando aquele veto de redução da liberdade de expressão e dando às empresas o estatuto de pessoas, com um direito impróprio ao discurso político, a decisão permitiu que o dinheiro corporativo literalmente inunde o processo eleitoral. A opinião da maioria formada é um estudo de caso da economicização da política e da cidadania, no qual o discurso é tido mais como um direito à propriedade incondicional do que como um meio delicado através do qual um público democrático delibera sobre seus desafios, dificuldades e futuros possíveis" (BROWN, 2018, p. 25, grifos da autora).

³⁵⁷ "Em junho de 2011, seguindo uma série de ações legislativas estatais e federais que limitavam o poder de organizações trabalhistas, a Suprema Corte do Estado americano do Wisconsin manteve a lei estadual que esvaziou o poder de barganha coletivo de sindicatos públicos (salários ainda podem ser negociados, mas condições de trabalho e benefícios, não). Caso seja mantida por cortes superiores, o que é provável, essa decisão será um golpe fatal nas organizações trabalhistas do setor público nos EUA" (BROWN, 2018, p. 26).

*Dukes, et al*³⁵⁸ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2011b), proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em junho de 2011, o julgamento rejeitou processo coletivo contra a Wal-Mart, em que 1,5 milhão de mulheres buscou reparação de danos por discriminação de gênero. A Corte entendeu que não havia conexão entre inúmeras decisões empregatícias que resultavam em pagamento inferior generalizado às trabalhadoras daquela empresa.

Identificar similitudes entre o discurso judicial norte-americano e brasileiro, no âmbito judicial, permite observar como a precarização social do trabalho é relacionada, substancialmente, com uma noção de liberdade contratual ou autonomia coletiva, como no primeiro caso, e com a discriminação sobre setores específicos da classe trabalhadora, com conjunto probatório complexo ou não reconhecido judicialmente, o que transparece no segundo caso.

O discurso da liberdade ilimitada, então, funda uma nova cidadania, libertada do Estado e do sindicato, na qual cabe à trabalhadora e ao trabalhador a responsabilidade pela própria vida e pelos riscos empresariais-estatais. Para a trabalhadora e o trabalhador, as implicações desse processo são de que eles são “Formalmente liberados da interferência legal em suas escolhas e decisões, [mas] os sujeitos permanecem, em todos os níveis, identificados e integrados aos imperativos e prédicas do capital” (BROWN, 2018, p. 10).

Para exemplificar: as trabalhadoras terceirizadas, cujo tomador de trabalho seja o Estado, assumirão os riscos do Estado-firma, que oferece uma terapia para a relação capital-trabalho, na forma de retirada de direitos, e uma ilegalidade constitucional do trabalho para a relação terceirizada-Estado, pois o serviço público é de responsabilidade do Estado, mas as lesões contratuais ocorridas nas suas dependências serão de sua responsabilidade, apenas, em caso de não ter realizado a fiscalização adequada.

A inversão neoliberal da liberdade, como denomina Brown (2018), poderia ser identificada ao que aqui se entende como o ardil da liberdade contratual: tem-se uma liberdade que só existe junto a um compromisso, a um sacrifício, pelo bem da empresa e pelo bem geral. Assim, enquanto a cidadania neoliberal deixa o indivíduo livre para

³⁵⁸ "Ainda em junho de 2011, em *Wal-Mart Stores, Inc. versus Dukes, et al.*, o maior caso de discriminação laboral da história, a Suprema Corte rejeitou um processo coletivo contra o Wal-Mart, pelo qual 1,5 milhão de mulheres buscava reembolso por discriminação de gênero. A Corte rejeitou o posicionamento das mulheres enquanto classe, argumentando que não havia nada que conectasse as milhões de decisões empregatícias que resultaram no pagamento mais baixo generalizado às trabalhadoras do Wal-Mart" (BROWN, 2018, p. 27).

cuidar de si mesmo, ela também o compromete, discursivamente, com o bem-estar geral – demandando sua fidelidade e potencial sacrifício em nome da saúde nacional ou do crescimento econômico” (BROWN, 2018, p. 10).

O nexó neoliberal, mobilizado para a elucidação dos precedentes, é compreendido como uma conjugação entre delegação e responsabilização, com ênfase no consenso, na antipolítica, e na integração (BROWN, 2018, p. 36 e 38). Inverte-se, assim, o contrato social liberal: no lugar de o Estado oferecer segurança ou proteção, ele disponibiliza os cidadãos ao sacrifício pelo “todo”, sendo o todo uma noção imprecisa, na qual ora aparece a empresa, ora a economia nacional etc. (BROWN, 2018, p. 41). Nas palavras da autora:

Enquanto pensões são cortadas para balancear orçamentos, enquanto aos trabalhadores são dadas férias forçadas, congelamentos salariais ou cortes em horas e benefícios; enquanto escolas declinam e serviços sociais encolhem e são privatizados, o contrato social clássico é virado do avesso. No lugar de receber segurança ou ser protegido, o cidadão responsabilizado tolera a privação, insegurança e extrema exposição para manter a produtividade, o crescimento, a estabilidade fiscal, as taxas de crédito ou a influência mercantil de uma empresa ou nação (ou, de novo, da nação concebida como empresa) (BROWN, 2018, p. 41).

Os caminhos e descaminhos da jurisdição constitucional, portanto, envolvem não apenas análises de casos concretos, mas transformações do Estado. A tese da americanização do direito constitucional, como sugerida por Barroso (2008) e Casagrande (2016), deve ser matizada pela análise de que a utilização do argumento da razoabilidade, entre todos os caminhos possíveis de exploração do modelo norte-americano, carrega perigos aos direitos sociais, pela sua neutralidade, no sentido exposto por Sunstein (1987).

Nesse mesmo sentido, Ugo Mattei e Laura Nader (2013) observam a escalada de interpretação econômica do Direito como predominantemente norte-americana. Tal ascenso se justifica, segundo os autores, por uma certa teoria da “falta” de profissionalismo das instituições de outros países, motivo pelo qual a discursividade da *pilhagem* realizada pelo Estado de Direito substitui a ideia de justiça “natural” pela de eficiência econômica, “(...) como um novo, prestigioso e legitimador instrumento ideológico da pilhagem” (MATTEI; NADER, 2013, p. 123). Trata-se de uma estratégia de despolitização do Direito:

Hoje, as instituições de Bretton Woods possuem os meios para implementar uma estratégia bem definida: criar um Estado de Direito

simples e universal, capaz de estimular transferências eficientes de propriedade dos que as valorizam menos para os que as valorizam mais. Esse exercício inclui a abordagem dos direitos de propriedade (por exemplo, os direitos de propriedade intelectual, que precisam ser ocidentalizados), das liberdades contratuais (por exemplo, a eliminação das restrições contratuais que favorecem a segurança no trabalho) e das estruturas institucionais (mediante a reprodução de modelos de ‘legalismo litigioso’, que chamamos de instituições reativas, ou na exploração aparentemente contraditória de técnicas de ‘soluções alternativas de conflitos’)” (MATTEI; NADER, 2013, p. 129).

O Estado Neoliberal, a caminho da americanização, apresenta novos desafios ao Direito do Trabalho. As transformações da regulação estatal dos direitos sociais, como recepcionadas em casos paradigmáticos colhidos por Brown (2018), demonstram o avançar da discriminação sexista e da lógica da racionalidade da igualdade de tratamento e da autonomia contratual como formas de expressão da dominação no período recente. A *economização do direito* é fenômeno que se observa tanto nos tribunais estadunidenses quanto nos brasileiros. A cidadania que se impõe aos trabalhadores merecerá exame na próxima seção.

De tudo, ainda, retenha-se a reflexão de Bercovici (2013a, p. 112) sobre os sentidos da inversão constitucional realizada pelo constitucionalismo norte-americano. Para o autor, trata-se de substituir o discurso de soberania, no qual o Estado tem a capacidade de decidir e controlar questões econômicas e sociais, para proteger investimentos e propriedade privada, com base em um discurso dos freios e contrapesos, no qual o Estado assume a lógica da negociação, da pragmática, sempre com vistas a um resultado e uma adequação entre meio e fim. Trata-se do Estado que tem como prioridade o compromisso político com os credores, talvez no sentido de Streeck (2018), no lugar da decisão política³⁵⁹.

2.2 Ilegalidades Expandidas II – Autonomia Coletiva e Personalidade Sitiada

Duas aproximações sucessivas foram realizadas em direção à relação entre Estado e trabalho no Brasil, pelas lentes do conceito de ilegalidades constitucionais do trabalho. Observaram-se dimensões de um desenho institucional discriminatório do

³⁵⁹ "O discurso dos freios e contrapesos (*'checks and balances'*), presente na Inglaterra do século XVIII, em Montesquieu e na Revolução Americana, contrapõe-se ao discurso da soberania. A soberania decide, enquanto os contrapesos exigem uma negociação para que se chegue a um resultado" (BERCOVICI, 2013, p. 112).

Direito do Trabalho, permitido pela Constituição. Após, analisaram-se as inversões de sentido dos dispositivos constitucionais, realizadas por magistrados. Sublinharam-se, em especial, transformações que tornaram válidos e legítimos atos ou negócios jurídicos que seriam, até então, entendidos como ilegais ou ilícitos, sempre em desfavor de trabalhadores e trabalhadoras.

O quadro não fica completo, no entanto, sem a dimensão da rebeldia e dos protestos de massa que retomaram com força o cenário global, desde a crise econômica de 2008. No Brasil, as greves também aumentaram sucessivamente em número, até 2013, quando ocorreram as Rebeliões de Junho. Acompanha-se um problema de pesquisa fundamental, assim exposto por Ruy Braga (2017, p. 28): “Daí o espanto: como interpretar a anomalia segundo a qual o sindicalismo fordista declina, mas a mobilização dos trabalhadores se acirra?”.

A terceira aproximação à relação entre Estado e trabalho no Brasil aborda o complexo problema da correlação de forças entre as classes fundamentais, como um tema que fornece vida ao objeto da tese e pode ser observado em documentos jurídicos.

Objetiva-se, desse modo, problematizar criticamente o voto do Ministro Barroso, desenvolvido na subseção anterior, quando afirma que as “relações grupais” são a categoria básica do modelo juslaboral brasileiro (BRASIL, 2015a, p. 14) e fundamenta seu argumento com base na força normativa da autonomia coletiva da vontade, da qual resulta a “maioridade cívica” da classe trabalhadora brasileira, que deve desenvolver seu processo de autocompreensão e autogoverno mediante a negociação coletiva (BRASIL, 2015a, p. 18).

O problema da existência ou não de autonomia coletiva e de sua relação com a submissão da vontade individual no contrato será enfrentado em dois momentos. No primeiro (2.2.1), apresentam-se concepções teóricas da autonomia coletiva, a partir do estudo do peculiar itinerário da clássica noção formulada pela social-democracia alemã, até a Constituição Federal de 1988, com as tensões que marcam o corporativismo sindical brasileiro e sua *renovação expandida*.

Em um segundo momento (2.2.2), realiza-se uma análise sobre as consequências das expansões das ilegalidades constitucionais do trabalho. Trata-se de uma revisita ao tema geral da tese, qual seja, a teoria social do contrato de trabalho, em específico a partir da abordagem dos efeitos das ilegalidades expandidas sobre os direitos da personalidade e as liberdades coletivas do trabalho. A crise é crescente e, assim, as liberdades e ilegalidades se expandem, sitiam a personalidade, tornam regra a

precariedade da vida e já não contêm as erupções públicas, o que renova os desafios estratégicos de sindicatos, movimentos sociais e juristas comprometidos com a emancipação social.

2.2.1 Entre a social-democracia alemã e o sindicato corporativo brasileiro

O Supremo Tribunal Federal ampliou a esfera de legitimidade da expressão da vontade contratualizada e, assim, expandiu as ilegalidades constitucionais do trabalho no Brasil. Juridicamente, o núcleo da alteração consiste na declaração da força normativa do princípio constitucional da autonomia coletiva da vontade. A expressão foi originalmente formulada pela social-democracia alemã e se inscreve na tradição da *democracia econômica* da Constituição de Weimar. É o que se passa a descrever.

Nesta subseção, a gênese do conceito será abordada a partir da compreensão das ideias da democracia econômica (a), que serão relacionadas à forma estatal dada aos sindicatos e às negociações coletivas no Brasil (b), como a descreve Werneck Vianna (1999). Conferida maior precisão à análise da gênese do princípio da autonomia coletiva, torna-se possível analisar os protestos globais e as Rebeliões de Junho como expressão de insuficiências e tensões da liberdade coletiva sob o trabalho informacional (Seção 2.2.2).

O Direito do Trabalho possui duas dimensões: uma individual, referente à relação jurídica entre empregado e empregador, e outra coletiva, concernente às dimensões associativa, negocial e de luta política coletiva de trabalhadoras e trabalhadores. Pensar o Direito Coletivo do Trabalho, a partir das diferentes concepções da autonomia coletiva que lhe fornecem sustentação, pavimentará o caminho para compreensão das repercussões sociais do princípio constitucional que dá base, atualmente, à prevalência do negociado sobre o legislado. A principal delas, sem dúvida, é a agudização da crise do sindicalismo, que será discutida na sequência.

A dimensão individual é aquela até então analisada, em que se gestam as antinomias da teoria do contrato de trabalho: pode-se dizer que a vontade da trabalhadora e do trabalhador é reconfigurada, no contrato de trabalho, para efetivar uma liberdade comprimida ao ato de submissão voluntária, com repercussões sobre os direitos da personalidade e os direitos políticos. Na perspectiva de Supiot (2016, p. 164), foi a invenção do coletivo, com os direitos coletivos, as liberdades coletivas, a negociação e a convenção coletiva, “que permitiu sair dos impasses da submissão voluntária e definir um direito em que a subordinação e a liberdade pudessem coabitar”.

Para este objetivo democrático, a dimensão coletiva inovou o tratamento dispensado pelo direito à submissão da vontade e configurou diferentes formas de relação entre o público e o privado na relação de trabalho. No direito francês, o coletivo organizou-se a partir da noção de “agrupamento objectivo de interesses, que o livre arbítrio dos participantes vem animar” (SUPIOT, 2016, p. 171). Diferiu, portanto, da tradição da Alemanha e da Inglaterra.

a) A experiência alemã e a contribuição de Hugo Sinzheimer

Na Alemanha, a vitória da social-democracia na Constituição de Weimar significou, na interpretação de Leticia Vita, uma correspondência entre o texto constitucional e as propostas de Hugo Sinzheimer, na qual foi realizado um esforço de normatividade que se fundamentava na noção de democracia econômica. Sinzheimer foi professor e militante do Partido Social-Democrata Alemão (SPD), convocado para a Comissão Constituinte de Weimar por ser considerado um especialista por excelência em política social no país. Sinzheimer foi professor de autores como Kaun-Freund, Franz Neumann e Carl Schmitt, tendo influenciado uma geração de justicistas e teóricos do Estado (VITA, 2018, p. 577 e 578).

Sobre a importância de Sinzheimer para a noção de “autonomia coletiva”, afirma Martine Le Friant (2013, p. 631, *tradução livre*):

A noção de "autonomia coletiva" (*Kollektivautonomie*) está ligada ao nome de Hugo Sinzheimer. A influência deste jurista na redação da Constituição da República de Weimar é inegável e particularmente clara no que diz respeito ao conteúdo dos artigos 159 e 165, parágrafo 1, que se refere à autonomia dos parceiros sociais. Esse especialista em direito do trabalho afirmou que a igualdade de oportunidades na área de condições sociais e econômicas só poderia ser alcançada através da autodeterminação coletiva, ou seja, através das negociações entre organizações patronais e empregadoras de normas legais que regulam as relações de trabalho (...)³⁶⁰.

Na proposta apresentada por Sinzheimer à Comissão Constitucional, constavam quinze artigos, dos quais quatro possuíam conteúdo social e econômico, com temas como direito à educação, à participação no desenvolvimento espiritual e artístico

³⁶⁰ Trecho traduzido: “The notion of ‘collective autonomy’ (*Kollektivautonomie*) is linked with the name of Hugo Sinzheimer. This jurist’s influence on the drafting of the Constitution of the Weimar Republic is undeniable and particularly clear with respect to the content of Articles 159 and 165 paragraph 1 that referred to the autonomy of social partners. 26 This labor law expert asserted that equal opportunities in the area of social and economic conditions could only be achieved through collective self-determination, that is, through the negotiations between employer and employee organizations of legal norms regulating labor relations (...)” (LE FRIANT, 2013, p. 631).

da nação, para trabalhadores e trabalhadoras. Definia-se constitucionalmente como objetivo estatal o dever de buscar que a vida pessoal não conduzisse à ganância privada, mas sim à construção da dignidade humana. Este Estado teria poderes advindos do “interesse econômico geral”, pelo qual poderia socializar a propriedade privada, participar de empresas e opor-se a decisões de associações (VITA, 2018, p. 578).

Essa proposta viria a tornar-se, depois, a base do artigo 165, com a constituição de órgãos autônomos de representação de trabalhadores e empregadores³⁶¹. Era uma proposta de mediação à reivindicação do movimento de trabalhadoras e trabalhadores por uma democracia de conselhos, que não era bem vista pelo governo³⁶².

³⁶¹ “(...) e estabeleceu a base do que mais tarde se tornaria o famoso artigo 165: a obrigação do Estado de criar órgãos autônomos (Selbstverwaltungskörper) nos quais trabalhadores e empregadores tivessem igual poder de participação e decisão. Além disso, a proposta incluía um artigo que garantia a proteção da força de trabalho (artigo 40), outro que previa o direito ao seguro-desemprego (artigo 41) e uma provisão em licença sem remuneração (artigo 42). (...) Se compararmos esta proposta com o projeto oficial, por um lado, e a versão final do texto constitucional, por outro, não podemos deixar de notar a importância deste documento para a história da Constituição social de Weimar. Os pontos mais decisivos em relação ao estado social e direitos sociais já foram incluídos lá. Nas sessões subsequentes, apenas pequenas modificações seriam feitas, sem alterar substancialmente a proposta feita por Sinzheimer” (VITA, 2018, p. 578 e 589, *tradução livre*). Trecho traduzido: “(...) y se establecía la base de lo que luego se convertiría en el famoso artículo 165: la obligación del Estado de crear órganos autónomos (Selbstverwaltungskörper) en los que trabajadores y empleadores tuvieran igual poder de participación y decisión. Además, la propuesta incluía un artículo que garantizaba la protección de la fuerza de trabajo (artículo 40), otro que preveía el derecho a un seguro por desempleo (artículo 41) y una previsión acerca de licencias sin goce de sueldo (artículo 42). (...) Si comparamos esta propuesta con el proyecto oficial por un lado y la versión final del texto constitucional por otro, no podemos dejar de advertir la importancia de este documento para la historia de la Constitución social de Weimar. Los puntos más decisivos con respecto al Estado social y a los derechos sociales ya estaban incluidos allí. En las sesiones posteriores sólo se harían pequeñas modificaciones que no cambiarían en lo sustancial la propuesta elaborada por Sinzheimer.

³⁶² “(...) o artigo que recebeu tratamento especial e posteriormente foi ampliado e redesenhado pelo próprio Sinzheimer: aquele que acabaria sendo o artigo 165 da Constituição ou *Räteartikel* (artigo dos conselhos). A questão dos conselhos era algo que veio da experiência revolucionária de 1918. Havia uma forte demanda do movimento trabalhista para que esse assunto fosse incorporado à Constituição, mas essa não era a posição oficial do governo. De fato, em um artigo publicado no *Berliner Tageblatt* em 26 de fevereiro de 1919, o gabinete esclareceu que não era sua intenção incluir nenhum tipo de sistema de conselhos; alguns dias depois teriam que desdizer-se. Iniciada na bacia do Ruhr, uma onda de greves começou a ser sentida na Alemanha estava se expandindo para Berlim e outras regiões. A pressão da classe trabalhadora para que a questão dos conselhos fosse levada em consideração pela Assembléia era cada vez mais forte (VITA, 2018, p. 579, *tradução livre*). Trecho traduzido: “(...) el artículo que recibió un tratamiento especial y que luego fuera ampliado y rediseñado por el mismo Sinzheimer: el que terminaría siendo el artículo 165 de la Constitución o *Räteartikel* (artículo de los consejos). La cuestión de los consejos era algo que venía de la experiencia revolucionaria de 1918. Existía una fuerte demanda por parte del movimiento obrero para que este asunto fuera incorporado a la Constitución. Pero esa no era la posición oficial del gobierno. En efecto, en un artículo publicado en el *Berliner Tageblatt* del 26 de febrero de 1919 el gabinete aclaraba que no era su intención incluir ningún tipo de sistema de consejos. A los pocos días tendría que desdecirse. Arrancando por la cuenca del Ruhr se empezó a hacer sentir en Alemania una ola de huelgas que luego se fue expandiendo a Berlín y otras regiones. La presión de la clase obrera para que el tema de los consejos fuera tenido en cuenta por la Asamblea era cada vez más fuerte” (VITA, 2018, p. 579).

Para responder à reivindicação do movimento, Vita (2018) avalia que o social-democrata não propriamente traiu a reivindicação, mas a “integrou” à ideia de autodeterminação e democracia econômica. Na avaliação da cientista política argentina, a proposta de Sinzheimer, que instituíra conselhos de trabalhadores e conselhos econômicos, pode ser analisada pelo conteúdo de seu discurso na Comissão Constitucional e no Parlamento, demonstrativo da conexão entre os conselhos e a ideia de autodeterminação (VITA, 2018, p. 580). No seu discurso, defendia que não acreditava que a ideia dos conselhos era viável, redentora ou salvadora³⁶³; propunha, alternativamente, um meio-termo entre as propostas bolcheviques e do sistema de conselhos³⁶⁴.

É possível descrever o Direito do Trabalho, na perspectiva de Sinzheimer, “como um meio para garantir a participação dos trabalhadores nas decisões que os afetaram, ou seja, garantir a democracia econômica”. Na base da democracia econômica, uma concepção de autonomia forte: “(...) essa autonomia prevaleceu mesmo sobre a legislação estatal, pois ele entendeu que esta deveria ser uma subsidiária da legislação autônoma” (VITA, 2018, p. 582).

Esses conselhos exerciam “influência” política, mas não decidiam sobre os temas políticos. Eram, antes, entidades acessórias do parlamento, que temia uma

³⁶³ "Sinzheimer começou o discurso de 2 de junho com uma confissão chocante: que nem ele nem seus colegas do SPD acreditavam que a ideia de conselhos era viável. O que ele viu foi uma profunda demanda na população pela introdução da ideia de conselhos. Como se fosse uma ideia redentora ou de salvação, como se a mera regulamentação dos conselhos resolvesse a miséria e outros problemas sociais nos quais a Alemanha estava submersa. Os conselhos, do ponto de vista deles, não iriam remediar nada por si só, mas o que poderia trazer novos ares à Constituição era a ideia por trás deles: a da democracia, a busca pela autodeterminação dos trabalhadores" (VITA, 2018, p. 581, *tradução livre*). Trecho traduzido: "Sinzheimer comenzó el discurso del 2 de junio con una impactante confesión: que ni él ni sus colegas del SPD creían que la idea de consejos fuera realizable. Lo que veía era una profunda demanda en la población por la introducción de la idea de consejos. Como si se tratara de idea redentora o de salvación, como si con la sola regulación de los consejos se solucionaran la miseria y los demás problemas sociales en los que estaba sumergida Alemania. Los consejos, desde su punto de vista, no iban a remediar nada por sí mismos. Sin embargo lo que sí podía traer aires nuevos a la Constitución era la idea que se encontraba detrás de ellos: la de democracia. La búsqueda por la autodeterminación de los trabajadores" (VITA, 2018, p. 581).

³⁶⁴ "Sinzheimer se opôs à idéia de que grupos de profissionais poderiam ter poder de decisão sobre política econômica, algo que alguns deputados estavam dispostos a propor. Portanto, assim como ele faria mais tarde antes da Assembléia, ele afirmou que sua proposta estava no meio de ambos os sistemas (o bolchevique e os de conselhos profissionais), entendendo os conselhos como um meio de autodeterminação social (*sozialen Selbstbestimmung*)". (VITA, 2018, p. 582, *tradução livre*, grifos da autora). Trecho traduzido: "Sinzheimer se oponía a la idea de que se le diera a grupos de profesionales poder de decisión sobre la política económica, algo que algunos diputados estaban dispuestos a proponer. Así es que, al igual que lo haría luego frente a la Asamblea en pleno, afirmó que su propuesta se encontraba en el medio de ambos sistemas (el bolchevique y el de consejos profesionales) entendiendo a los consejos como un medio de autodeterminación social (*sozialen Selbstbestimmung*)" (VITA, 2018, p. 582, grifos da autora).

“bolchevização” de Weimar por meio de uma proposta que deferisse muito poder à classe trabalhadora. Na prática, como avalia Vita (2018, p. 584), a influência política consistia no “direito de serem ouvidos antes da introdução de qualquer projeto de lei com conteúdo sócio-político ou econômico e podiam ser representados por membros do Conselho Econômico do Reich no Parlamento”. Ou seja, não havia decisões soberanas, mas capacidade de opinião pública, pode-se dizer assim.

Otto Kirchheimer (2019, p. 1538) assim apresenta o artigo 165³⁶⁵ da Constituição de Weimar: “os trabalhadores e funcionários são chamados a, em igualdade de direitos e em comunidade com os empresários, participar da regulação das condições salariais e de trabalho, bem como de todo o desenvolvimento econômico das forças produtivas”. Desta noção, forte, de autonomia coletiva, passou-se a uma noção mais fraca, de “liberdade de associação”, como prevista no artigo 9, §3º, da Lei Fundamental alemã. Esse movimento é descrito por Le Friant (2013, p. 632) como um desuso da noção formulada por Sinzheimer.

Na observação sobre a autonomia coletiva alemã realizada por Supiot (2016, p. 178), a dimensão conceitual desta tradição jurídica cuida de “reintroduzir no molde contratual uma análise jurídica pessoal, comunitária e hierárquica”. No modelo contemporâneo do país europeu, como descrevem Coutu, Le Friant e Murray (2013, p. 569 e 570), prevê-se uma única grande confederação sindical (DGB) e duas ideias são fundamentais, quais sejam, a de comunidade trabalhista, pela qual se postula haver

³⁶⁵ Uma tradução completa do artigo, para o espanhol, encontra-se em Vita (2018, p. 580): “Artículo 165.- Los obreros y empleados serán llamados a colaborar al lado de los patronos y con igualdad de derechos en la regulación de las condiciones laborales y retributivas, así como en todo el desarrollo económico de las fuerzas productivas. Serán reconocidos las agrupaciones de ambas clases y sus acuerdos. Para defensa de sus intereses sociales y económicos tendrán los obreros y empleados representaciones legales en consejos obreros de empresa, así como en los consejos obreros de distrito, agrupados por sectores económicos, y en un consejo obrero del Reich. Los consejos obreros de distrito y el consejo obrero del Reich, unidos con las representaciones de los patronos y demás clases interesadas, formarán consejos económicos de distrito y un consejo económico del Reich con competencia sobre todas las cuestiones de orden económico y de cooperación en la ejecución de las Leyes socializadoras. Los consejos económicos de distrito y del Reich estarán constituidos de forma que se hallen representados en ellos todos los grupos profesionales importantes, en proporción de su importancia económica y social. Los proyectos de Leyes político-sociales y político-económicos de interés fundamental deberán, antes de ser presentados, ser sometidos por el Gobierno del Reich a informe del consejo económico del Reich. A su vez, el consejo económico tendrá derecho a solicitar por sí mismo tales proyectos de Ley. Si el Gobierno no los hiciesen suyos, habrá, no obstante, de presentarlos al Reichstag con indicación de su parecer. El consejo económico podrá, a través de uno de sus miembros, defender ante el Reichstag sus proyectos. Podrán ser transferidas a los consejos obreros y a los consejos económicos facultades de control y de administración en las esferas competenciales que tengan asignadas. Es de competencia exclusiva del Reich regular la organización y atribuciones de los consejos obreros y de los consejos económicos, así como sus relaciones con otras corporaciones sociales autónomas”.

interesses comuns entre empregadores e empregados; e as noções de autodeterminação social e autonomia coletiva, teorizadas desde a origem da doutrina juslaboral no país.

Na Inglaterra, construiu-se uma oposição entre público e privado ou entre autonomia e heteronomia, em uma construção voluntarista (SUPIOT, 2016, p. 182). Ruth Dukes apresenta a crítica, no entanto, a quem classifica a teoria de Kahn-Freund como de “abstencionismo legal”³⁶⁶. Deve-se observar que a perspectiva clássica não postulava a ausência de normas legais, mas sim uma forte presença de normas não-legais (DUKES, 2009, p. 245). Na visão de Harry Arthurs (2010), combinada à interpretação de Coutu, Le Friant e Murray (2013), pode-se pensar o sistema britânico como um exemplo emblemático de “pluralismo legal”³⁶⁷, no qual contemporaneamente o *laissez-faire* coletivo “se foi” (ARTHURS, 2010, p. 408)³⁶⁸.

³⁶⁶ “Em particular, certas frases ou passagens dos trabalhos de '*laissez-faire* coletivo' da década de 1950 podem parecer, quando retiradas do contexto, sugerir que o princípio do *laissez-faire* coletivo significava uma completa ausência de lei ou intervenção estatal. Às vezes, pode parecer que Kahn-Freund estava de alguma forma ligado à idéia de não intervenção por parte do governo por si mesma. A melhor visão, na minha opinião, é aquela que entende o *laissez-faire* coletivo com referência a os objetivos comparativos e estratégicos do escritor. Ao enfatizar o grau de independência do estado de que gozavam as partes coletivas envolvidas, até que ponto eles se reuniram e barganharam com o alcance da lei, Kahn-Freund defendia a singularidade do sistema britânico na década de 1950 e os benefícios desse sistema” (DUKES, 2009, p. 245, *tradução livre*). Trecho traduzido: “In particular, certain phrases or passages from the 'collective *laissez-faire*' works of the 1950s can seem, when taken out of context, to suggest that the principle of collective *laissez-faire* meant a complete absence of law or state intervention. At times it can appear that Kahn-Freund was somehow wedded to the idea of non-intervention on the part of government for its own sake. The better view, in my opinion, is one which understands collective *laissez-faire* with reference to both the comparative and strategic aims of the writer. In emphasising the degree of independence from the state which the collective parties enjoyed, the extent to which they met and bargained outwith the reaches of the law, Kahn-Freund was making a case for the uniqueness of the British system in the 1950s, and for the benefits of that system” (DUKES, 2009, p. 245).

³⁶⁷ “Pluralismo jurídico’ significa, sociologicamente falando, que ordens jurídicas empíricas, mais ou menos autônomas da lei estadual, existem no mundo ‘real’, seja em conflito ou em harmonia ou indiferença mútua em relação à lei estadual. Quando a noção de pluralismo jurídico está ligada à esfera do trabalho, o conceito decisivo, que aparece imediatamente, é o da autonomia coletiva à qual a doutrina do direito do trabalho se refere com frequência. De fato, os sistemas de relações industriais em vários países podem estar sujeitos a uma tipologia sócio-histórica, baseada na relação existente (ou uma vez que tenha existido) entre autonomia coletiva e intervenção estatal na regulamentação trabalhista” (COUTU; LE FRIANT; MURRAY, 2013, p. 568, *tradução livre*). Trecho traduzido: “Legal pluralism' means, sociologically speaking, that empirical legal orders, more or less autonomous from state law, exist in the 'real' world, whether in conflict or in harmony or mutual indifference to state law. When the notion of legal pluralism is linked with the sphere of labor, the decisive concept, which appears immediately, is that of collective autonomy to which the labor law doctrine often refers. In fact, the industrial relations systems in various countries can be subject to a socio-historical typology, based on the existing (or having existed) relationship between collective autonomy and state intervention in labor regulation” (COUTU; LE FRIANT; MURRAY, 2013, p. 568).

³⁶⁸ “O '*laissez-faire* coletivo' se foi. Os governos britânicos sucessivos há quatro décadas agora regulamentam ativamente, desregulam e re-regulam os mercados de trabalho; promulgou, modificou e revogou legislação para proteger os sindicatos; estruturas legais estabelecidas e desmontadas para fixação de salários, negociação coletiva e disputas industriais; promulgou proteções mínimas para trabalhadores individuais e, em seguida, aprimorou ou desativou o mecanismo para aplicá-los (Clark e Wedderburn, 1987; Davies e Freedland, 1993). Os tribunais britânicos e os tribunais de emprego, com estímulos ocasionais e/ou inspiração da Europa, tornaram-se cada vez mais intervencionistas (Davies e

É certo que o Direito do Trabalho lida com diferentes dimensões da noção de autonomia privada. António Nunes de Carvalho (1986, p. 374) destaca que no Direito Coletivo do Trabalho tem predominância a fórmula de Fouillé (“quem diz contratual diz justo”), em contraste ao Direito Individual do Trabalho, no qual predomina a célebre sentença de Lacordaire (“entre o rico e o pobre, entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime e é a lei que liberta”). O jurista português ressalva que a autonomia coletiva sindical não é plenamente correspondente à ideia liberal de contrato, pois não há liberdade de estipulação e celebração, e sim uma autonomia que se exerce para pôr termo a uma situação de conflito, como uma greve, por exemplo.

Como afirmava Mário Pinto (1986, p. 41), configuram-se duas lógicas e, portanto, um dualismo no Direito do Trabalho: a reclamação de liberdade ou autonomia contratual corresponde ao momento liberal-individualizante da luta pela justiça contra a lei e coexiste à limitação da autonomia individual pela legislação protetora, referente ao momento do Estado Social. No Direito Coletivo do Trabalho, por outro lado, verifica-se uma segunda lógica, em que se forma um “ordenamento autônomo dentro do ordenamento do Estado. (...) foi aqui que o estado liberal perdeu a primeira e decisiva batalha histórica da sua ortodoxia individualista” (PINTO, 1986, p. 43).

Na experiência juslaboral francesa, o público e o privado são relacionados diretamente, pois a autonomia coletiva não se desenvolveu contra ou fora da heteronomia, mas ligada a ela; uma autonomia que se desenvolve com a garantia do Estado. Disso resultaram duas consequências. A primeira é a ambivalência do coletivo, porque o coletivo é imposto pelo Estado, mas também é espaço garantido pelo Estado para que sejam realizadas as negociações coletivas. A segunda consequência conduz à ideia de que as liberdades coletivas são, também, liberdades públicas, destinadas a compensar a subordinação individual (SUPIOT, 2016, p. 182).

Martine Le Friant (2013) destaca o problema dos termos vagos utilizados pela doutrina para qualificar a crise do Direito do Trabalho e descreve a “aventura intelectual austera” do ramo juslaboral como aquela que coloca a negociação coletiva no centro

Freedland, 1993; Davies et al., 2007; Dickens e Neal, 2006)” (ARTHURS, 2010, p. 408, *tradução livre*). Trecho traduzido: “‘Collective laissez-faire’ is gone. Successive British governments for four decades now have actively regulated, de-regulated and re-regulated labour markets; enacted, modified and repealed legislation to protect trade unions; established and dismantled legal frameworks for wage setting, collective bargaining and industrial disputes; promulgated minimum protections for individual workers and then enhanced or disabled the machinery for enforcing them (Clark and Wedderburn, 1987; Davies and Freedland, 1993). And British courts and employment tribunals, with occasional prodding and/or inspiration from Europe, have become more and more interventionist (Davies and Freedland, 1993; Davies et al., 2007; Dickens and Neal, 2006)” (ARTHURS, 2010, p. 408).

das alterações juslaborais, em países como Itália, Espanha e França, para perguntar se, “em um contexto econômico particularmente difícil, o desenvolvimento de normas pelos parceiros sociais constitui uma vantagem para as empresas, um fator na democratização das relações de trabalho ou um perigo para os funcionários” (LE FRIANT, 2013, p. 631, *tradução livre*)³⁶⁹.

De maneira matizada, pois, pode-se dizer que a precarização do trabalho aproxima os modelos juslaborais e confere novo destaque a categorias jurídicas presentes desde sua gênese. A Constituição de Weimar, por exemplo, é a fonte europeia da noção de “autonomia coletiva” (*Kollektivautonomie*), que permitiria alcançar uma certa noção de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores e se caracterizaria como uma manifestação da liberdade ou autonomia contratual, também na Itália, com as migrações doutrinárias ocorridas entre os italianos Passarelli e Gino Giugni, sob a influência do inglês Otto Kahn-Freund, que havia sido aluno do alemão Hugo Sinzheimer, como mencionado³⁷⁰.

³⁶⁹ Trecho traduzido: “The question that then arises is whether, in a particularly difficult economic context, the development of norms by the social partners constitutes an advantage for firms, a factor in democratizing labor relations, or a danger for employees. Collective bargaining is at the heart of reforms and projects underway in several European countries. Major changes have already taken place or are being planned in Italy, Spain, and France” (LE FRIANT, 2013, p. 631).

³⁷⁰ Ocorrem *migrações doutrinárias* entre os modelos, em especial a partir da relação entre esses autores. Assim descreve Martine Le Friant (2013, p. 643, *tradução livre*): “Na Itália, Francesco Santoro Passarelli foi o primeiro a usar a expressão ‘autonomia coletiva’. Ele viu isso como uma manifestação da autonomia contratual sob o direito privado, decorrente da lei existente sobre contratos e obrigações. O fim da Segunda Guerra Mundial levou à queda do regime instituído durante o período fascista através de normas de direito público. (...) A autonomia coletiva apareceu assim como uma manifestação da liberdade contratual de grupos privados. O argumento segundo o qual a autonomia coletiva foi a base do ordenamento intersindical como uma ordem jurídica distinta à do Estado foi assim desenvolvido durante o período pós-guerra. Mais tarde, foi referido novamente por Francesco Santoro Passarelli, mas especialmente por Gino Giugni em sua tese de 1960, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, publicada novamente em 1977. Giugni estudara nos Estados Unidos e estava sob a influência de Otto Kahn-Freund, que era aluno de Hugo Sinzheimer, um exemplo perfeito de ‘migração doutrinária’ operada por talentosos ‘transportadores’. Na época, na Itália, o desafio era estabelecer o reconhecimento de contratos coletivos como instrumentos normativos pelas autoridades públicas e tribunais. A lei deveria implementar os procedimentos de negociação coletiva especificados no artigo 39 da Constituição (garantia da liberdade de associação), que visavam estender a eficácia dos acordos coletivos, não poderiam ser adotados devido a fortes diferenças de pontos de vista e oposição sindical. Como essa lei, que deveria regular o efeito de acordos coletivos, ainda não foi adotada, os princípios de direito civil continuam sendo aplicados”. Trecho traduzido: “In Italy, Francesco Santoro Passarelli was the first to use the expression ‘collective autonomy.’ He saw it as a manifestation of contractual autonomy under private law, stemming from the existing law on contracts and obligations. The end of the Second World War led to the fall of the regime instituted during the Fascist period through public law norms. The *ordinamento corporativo* - the corporatist order - was annulled by a text issued on November 24, 1944, i.e., after the fall of Mussolini but before the end of battles and well before the Constitution of the Italian Republic was adopted in December 1947. Collective autonomy thus appeared as a manifestation of the contractual freedom of private groups. The argument according to which collective autonomy was the basis of the *ordinamento intersindacale* as a distinct legal order existing adjacent to that of the state was thus developed during the post-war period, and was later referred to again by Francesco Santoro Passarelli but especially by Gino Giugni in his 1960 thesis *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, which

A meio caminho entre a ambiguidade e a liberdade, os problemas da autonomia coletiva se desenvolveram na conflituosa relação entre privado e público, e não em uma oposição entre as duas esferas. Daí que, segundo Martine Le Friant (2013, p. 644), três argumentos são geralmente mobilizados contra este conceito como fundamento jurídico: (a) o enfraquecimento da democracia política, (b) a fraqueza e falta de legitimidade das organizações sindicais, sem autonomia real, e (c) o uso gerencial da autonomia coletiva pelos empregadores.

Também nesse aspecto, as lições da crise do contrato de trabalho correspondem às da crise do constitucionalismo social, ambas pertencentes à época da crise estrutural do capital. Desencontram-se a liberdade contratual cidadã e o constitucionalismo social, pois a suspensão da constituição social, como descreve Bercovici (2013b, p. 321), “vai se tornar evidente com a nova crise econômica, a partir da década de 1970, e a contra-revolução neoliberal conservadora que não se limita mais a suspender ou bloquear as cláusulas sociais das constituições, mas busca a sua extirpação formal (...)”.

No diagnóstico de Fioravanti, reivindicado e descrito por Bercovici (2013b), o partido político era “o instrumento institucional pensado para tornar concreta a soberania popular, devendo organizar e politizar o povo, conduzindo o soberano dentro dos poderes constituídos, especialmente o poder legislativo” (BERCOVICI, 2013b, p. 321). A crise dos partidos é a crise do constitucionalismo social, do poder legislativo, do poder constituinte do povo, do qual a constituição “se emancipa” e, dirigente como é “entre nós”, abrirá espaço a ser ocupado “por outro poder, que irá tomar a constituição em suas mãos e se arrogará o monopólio da concretização constitucional: surge o momento dos tribunais” (BERCOVICI, 2013b, p. 322)³⁷¹.

was published again in 1977. Giugni had studied in the United States and come under the influence of Otto Kahn-Freund, who himself was a student of Hugo Sinzheimer, a perfect example of ‘doctrinal migration’ operated by talented ‘conveyors.’ At that time in Italy, the challenge was to establish the recognition of collective contracts as normative instruments by the public authorities and tribunals. The law was supposed to implement the collective bargaining procedures specified under Article 39 of the Constitution (guaranteeing freedom of association), which aimed to extend the effectiveness of collective agreements, could not be adopted due to strong differences of views and trade union opposition. Because this law, which was supposed to regulate the effect of collective agreements, has still not been adopted, civil law principles continue to apply” (LE FRIANT, 2013, p. 643, grifos nossos).

³⁷¹ Esta visão, atribuída a Fioravanti, possui traços de similaridade à visão de “democracia dualista”, defendida por Ackerman, e à noção de juristocracia, da lavra de Ran Hirschl. Ackerman teria operado uma divisão entre decisão do povo (*we, the people*), caracterizadas como política constitucional, que se expressaria na fundação do país, na reconstrução após a guerra civil e durante o *New Deal*, e decisões diárias dos governantes, entendidas como política ordinária. “A partir dessa concepção de ‘democracia dualista’, Bruce Ackerman afirma que a suprema corte tem a função de preservar os princípios superiores da cidadania mobilizada na ‘política constitucional’ contra a sua erosão pelas elites políticas da ‘política ordinária’. Em suma, a suprema corte tem o papel de distinguir a vontade do povo da vontade dos políticos” (BERCOVICI, 2013b, p. 325 e 326). Ran Hirschl, por outro lado, formularia a compreensão

O constitucionalista explica que a Constituição de Weimar “tem por fundamento a colaboração de classes, ao invés da luta de classes, buscando um compromisso em uma estrutura política pluralista” (BERCOVICI, 2013b, p. 295 e 296). Por isso, seu desenho institucional, elaborado sobre formas de intervenção estatal que fortaleciam uma perspectiva pluralista e colaboracionista, pode servir de inspiração para a economização do Direito realizada contemporaneamente (BROWN, 2018).

Este modelo de sindicalismo, baseado no compromisso, na conciliação e na colaboração, é fortemente desafiado pela acumulação flexível do capital e, mais recentemente, pelas erupções públicas e greves de massas que eclodiram em nível global, como se abordará na subseção 2.2.2, com especial destaque para as Rebeliões de Junho.. Antes disso, importa observar os traços do sindicalismo brasileiro, na construção e na reinvenção do corporativismo sindical.

b) Invenção e reinvenção do corporativismo brasileiro

Esta subseção analisa a invenção do corporativismo sindical brasileiro e lança especial atenção à reflexão desenvolvida por Werneck Vianna (1999; 2004) e por Oliveira Vianna (1952; 1974) sobre a relação entre Estado e sindicato no Brasil. Após desenvolver essas ideias fundamentais, apresenta-se análise da regulação corporativa dos sindicatos na Constituição de 1988 e dos significados da reinvenção do corporativismo sindical pela decisão do STF, descrita na subseção anterior.

Werneck Vianna defende que “(...) o público, sob o neoliberalismo, nem consiste no puro reflexo do privado, e nem num sistema normativo singular e emancipado do privado, mas na transfiguração deste naquele” (VIANNA, 1999, p. 44). Com a invenção do coletivo, o Estado reconheceu a luta entre grupos sociais, e não apenas entre indivíduos. Postulando uma autonomia ou uma colaboração entre esses grupos, o Estado agiu na sociedade e, ao menos aparentemente, o privado passou a ser uma extensão do público, e não mais o público deveria ser visto como extensão do privado. Compreende-se assim, que “(...) o neoliberalismo não expurga o indivíduo, e sim o combina de modo complexo e conflitante com a normatividade do direito público. (...) Inverte-se o problema: agora quem é vista como reflexa é a ordem privada” (VIANNA, 1999, p. 48).

de que “um dos fundamentos deste processo é o interesse das elites em isolar, por exemplo, as instituições econômicas da política democrática, ou em garantir determinada concepção político-ideológica apesar das maiorias democráticas (...).” (BERCOVICI, 2013b, p. 326).

No Brasil, a invenção do coletivo também reconfigurou as relações entre público e privado no âmbito do trabalho. Uma ordem liberal, argumenta Werneck Vianna (1999, p. 26 e 27), encontra seu ponto ótimo para análise no caráter de seu mercado de trabalho. Por isso, a ampliação dos direitos de cidadania para os não-proprietários, a partir da década de 1920 e, em especial, com o marco da fase política inaugurada em 1935³⁷², é caracterizada como um:

(...) processo que compeliu o liberalismo a incorporar o problema da democracia. Sob a pressão do desafio democrático, que não atuava sobre ele apenas na dimensão política, mas sobretudo na social, procedeu-se o conjunto de transformações que induziram a reorientação do papel do Estado, a redefinição do privado diante da ordem pública e a intervenção legal no mercado de trabalho através da paulatina criação de um Direito do Trabalho. No caso desse último, a inovação atingia a zona sensível da ordem liberal – a teoria contratualista – admitindo-se no mercado a figura de um ente coletivo – os sindicatos – em substituição ao contratante individual da ortodoxia (VIANNA, 1999, p. 27).

A perspectiva do autor indica que público e privado existiam sob a tensão entre cooperação e apropriação privada desigual. A inclusão da contratação coletiva como sobreposta à contratação individual é parte de um programa de cidadania imposto pelo Estado às relações de trabalho, em um amplo consenso entre Estado e frações das classes dominantes. A ordem liberal, assim, experimentava não uma extensão e adaptação do individualismo à coletividade, mas uma criação própria.

Como sistema de categorias jurídicas, a dimensão coletiva do Direito do Trabalho se expressa no reconhecimento de categorias econômicas como parte da ordem econômica e como modalidades institucionais. Os partidos e as associações assimiladas pelo Estado são o reconhecimento de uma politização da sociedade civil. Cuida-se daquilo que Vianna (1999) classificava como uma “economização” do direito público,

³⁷² Os eventos de 1935, na compreensão de Werneck Vianna (1999, p. 62) “explicitarão a urgência das classes dominantes formularem uma política comum para as classes subalternas”. Trata-se, justamente, da transição da forma estatal ocorrida na década de 1930 da forma estatal, da ordem liberal para uma ordem corporativa. O que caracteriza a alteração da forma estatal não é a mera ampliação de direitos, pois a maior parte deles, como descanso dominical, regulamentação da jornada de trabalho, do trabalho do menor, da mulher, férias, caixas de seguro, sindicatos e lei de acidentes de trabalho já existiam antes da década de 1930. A transição também não é caracterizada pelo mero aumento no caráter intervencionista do Estado. Nas palavras de Vianna, “Captar o sentido desse processo consiste na determinação do arranjo efetivado no estatuto da ordem, que, de liberal, redefiniu-se como corporativa. Assim, o peculiar do Estado pós-30 não se encontra numa maior intensidade de leis trabalhistas, mas na sua inclusão numa ordem corporativa. O mesmo no que se refere ao ‘plus’ da intervenção observada, uma vez que o aspecto distintivo se produz pela práxis política antiliberal da intervenção” (VIANNA, 1999, p. 60). Como destaca Vianna (1999, p. 59), a intervenção do Estado no mercado de trabalho tem como principal marco a Emenda Constitucional 34/1926, que rompe com a ordem liberal da Constituição Federal de 1891 e cria a Comissão de Legislação Social da Câmara dos Deputados.

com o surgimento da legislação sobre empresas estatais, mistas, sociedades anônimas etc.

A ordem autoritária-corporativa, como descrita por Vianna (1999, p. 258), carregava a especificidade da busca pela “paz social”, no lugar da violência aberta antes desempenhada pela classe dominante. Oferecia um suporte restrito e condicional aos trabalhadores, pois as leis não seriam cumpridas imediatamente e teriam, portanto, sua efetividade adiada no tempo. Nesse sentido, "O capital, contra a legislação em vigor, somente aceitava a interferência do Estado no mercado de trabalho pela definição dos direitos elementares de proteção ao trabalho e pela admissão de que fosse estipulado um salário mínimo" (VIANNA, 1999, p. 259).

Os empresários assumiriam o lado autoritário da legislação corporativa-autoritária³⁷³ e rejeitariam parcialmente a legislação, em temas como a estabilidade decenal³⁷⁴. A estabilidade era vista “como nefasta, dado que se atribui à mentalidade do operário uma tendência à frouxidão e à indisciplina no trabalho, quando não submetido a normas de severa coerção (...)” (VIANNA, 1999, p. 260). Eles só passam a aceitar a legislação social pelas suas pretensões de hegemonia na ordem corporativa, com a instituição do salário mínimo e a consequente ampliação do mercado interno³⁷⁵.

Frações da classe dominante, dessa forma, outorgaram ao Estado o agenciamento dos seus interesses³⁷⁶, na busca por constituir um mercado controlado pelo

³⁷³ "Consequentemente, o modelo autoritário-corporativo, do regime e do Estado, na forma com que se consumou, tornou-se inconcebível sem a mediação dos empresários, que legitimavam o termo autoritário e repudiavam o corporativo, salvo nos seus efeitos inibidores e coercitivos da vida associativa operária" (VIANNA, 1999, p. 259).

³⁷⁴ "Os empresários alegam a inconstitucionalidade da lei, sustentando que ela carecia de generalização, dado que os empresários não podiam rescindir o contrato de trabalho dos seus empregados sem estarem sujeitos ao pagamento de uma indenização, ao passo que estes podiam rescindi-lo a qualquer tempo. Doutra parte, lembravam que a empresa vivia no mundo do mercado, sofrendo vicissitudes de realização nem sempre felizes, necessitando por isso mesmo de uma mobilidade que a lei impedia" (VIANNA, 1999, p. 260).

³⁷⁵ "Aceitas suas pretensões hegemônicas, paga-se o preço posto pela ordem corporativa, concordando os empresários com a legislação social. Alertavam, contudo, não poder arcar com novos ônus trabalhistas" (VIANNA, 1999, p. 260). Os trabalhadores seriam a melhor parte do mercado consumidor: "Modernizar implicaria na adoção do modelo fordista de industrialização, em que 'os trabalhadores formam em conjunto a melhor parte do mercado consumidor da produção'" (VIANNA, 1999, p. 269).

³⁷⁶ "Por conseguinte, os empresários outorgavam ao Estado o agenciamento da otimização dos seus interesses. O fato correspondia a uma efetiva declaração de que reconheciam nele o seu intérprete político, embora não controlassem os mecanismos diretos que suportavam o poder. A ele, confiavam a proteção das indústrias já existentes, e o favorecimento para implantação de outras 'iniciativas imensamente proveitosas, não só para os capitalistas como para a economia do país'" (VIANNA, 1999, p. 263 e 264).

Estado³⁷⁷. É nesse sentido que Vianna (1999) recupera alguns discursos de Getúlio Vargas nesta época, como aquele que afirma a prevalência do coletivo sobre o indivíduo:

O Estado não conhece direitos de indivíduos contra a coletividade. Os indivíduos não têm direitos, têm deveres! Os direitos pertencem à coletividade. O Estado, sobrepondo-se à luta de interesses, garante só os direitos da coletividade e faz cumprir os deveres para com ela. O Estado não quer, não reconhece luta de classes. As leis trabalhistas são leis de harmonia social (VARGAS *apud* VIANNA, 1999, p. 266)

Nesse mesmo sentido da política do coletivo *em oposição* à noção de indivíduo, Vianna descreve a posição de Francisco Campos, relator da Constituição de 1937, que fundamentava esta ordem hierárquica dos direitos constitucionais com centro na nação:

Na Constituição, a derrogação do princípio da irretroatividade das leis, na seção dedicada à declaração dos direitos individuais, aviltava os direitos do cidadão diante das razões do Estado. Seu relator, não por acaso Francisco Campos, defenderá a inovação em nome da extinção do que entendia ser a falaciosa soberania do indivíduo frente à defesa da coletividade. Como membro da nação, o indivíduo mereceria amparo somente quando seu interesse não se confrontasse com o da comunidade nacional, 'para defesa de cujos interesses, honra e independência o Estado existe' (VIANNA, 1999, p. 269 e 270).

Ao mesmo tempo em que era decretada a “morte do homem liberal”, a propriedade privada saía fortalecida, pela legitimação do objetivo do homem possessivo: acumular (VIANNA, 1999, p. 270). Isso pode ser verificado, por exemplo, na proibição da greve, considerada antissocial (CRFB/1937, art. 139³⁷⁸). Embora fosse negado ao conjunto dos trabalhadores a luta coletiva, era-lhes permitida a negociação

³⁷⁷ "A ideia de um mercado autoritariamente controlado pelo Estado, e não só na questão do controle das classes subalternas, encontrara neles, afinal, pleno apoio. Ao se aproximar o fim da vigência do Decreto n. 23.486/1933, que prorrogara até 31 de março de 1937 o prazo para proibição de máquinas e equipamentos para indústrias em regime de superprodução, ao invés de solicitararem mais uma prorrogação, insistem por uma solução definitiva do problema" (VIANNA, 1999, p. 264).

³⁷⁸ CRFB/1937, art. 139: “(...) A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais (...)”.

coletiva (CRFB/1937, art. 137, “a”, “b”³⁷⁹), sempre sob a sombra da presença arbitral do Estado (CRFB/1937, art. 137, “c”³⁸⁰).

O novo desenho institucional do Direito Coletivo do Trabalho “partia do conceito prévio dos sindicatos como órgãos delegados do poder público. Livre a sindicalização (...) tal suposto não impedia que os contratos coletivos celebrados pelos sindicatos obrigassem a todos que representavam” (VIANNA, 1999, p. 275). A ideia de um sindicato forte e único agente de mediação entre empresa e trabalhador não prosperou na realidade. A regulamentação dos salários e da disciplina interna da empresa foram repelidas pelas empresas. Assim, “(...) os institutos corporativos, contra a intenção visível do legislador, foram esvaziados de sua filosofia ‘colaboracionista’, convertendo-se em instrumentos de simples dominação de classe” (VIANNA, 1999, p. 276).

Os preceitos constitucionais só tiveram efetividade a partir de 1939, com o Decreto-Lei 1.402/1939 e o Decreto-Lei 1.237/1939, referentes aos sindicatos e à Justiça do Trabalho, quando esta passou a ter poder de prolatar sentenças normativas, entendidas como espécies de contratos coletivos que “resolviam”, por decisão da Justiça do Trabalho, o conflito que não havia sido resolvido no âmbito da negociação coletiva extrajudicial.

Isso era muito comum, como descreve Vianna (1999, p. 283), pela recusa da classe patronal à contratação coletiva: “A linguagem da colaboração que não se pudera articular no mercado, de acordo com a proposta do instituto dos contratos [coletivos] de trabalho, tinha agora um veículo de expressão no Judiciário trabalhista” (VIANNA, 1999, p. 283).

Observa-se o crescimento da quantidade de sindicatos, acompanhado da diminuição do número de sindicalizados:

³⁷⁹ CRFB/1937, art. 137, “a” e “b”: “a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que eles representam; b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário de trabalho”. Como assinala Vianna (1999, p. 272): “Notar que, no texto constitucional, os contratos coletivos de trabalho não se restringem à pura fixação dos salários, devendo obrigatoriamente cuidar da regulamentação da jornada de trabalho - evidentemente para reduzi-la, porque a Carta vedava jornadas superiores a oito horas -, seu horário e inclusive a própria disciplina no interior da empresa, o que permitia ampliar as garantias do trabalho para além do sistema elementar de sua defesa”.

³⁸⁰ CRFB/1937, art. 137, “c”: “a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa”.

Tabela 5 - Sindicatos reconhecidos existentes entre 1935 e 1941

		Dist. Fed.	S. Paulo	Brasil
1935 ¹	empregados	86	101	649
	empregadores	62	146	487
1936 ²	empregados	-	-	695
	empregadores	-	-	538
1938 ³	empregados	95	119	955
	empregadores	62	227	810
1939 ⁴	empregados	82	168	1111
	empregadores	72	383	1043
1941 ⁵	empregados	58	-	-
	empregadores	68	-	-

Fonte: VIANNA, 1999, p. 285, a partir de boletins do MTIC.

Tabela 6 - Número de sócios dos sindicatos no Distrito Federal: 1936–1941

	empregados	empregadores
1936 ¹	189619	8126
1938 ²	152855	10287
1939 ³	172440	10316
1940 ⁴	146537	11515
1941 ⁵	127871	9675

Fonte: VIANNA, 1999, p. 286, a partir de boletins do MTIC.

Cuida-se de complexa equação, projetada institucionalmente. Aumentavam os sindicatos; diminuía seus filiados. Para compreendê-la, é preciso recuperar a base da ideia das corporações como mediadoras entre Estado e sociedade, na qual transparecem as funções dos sindicatos e da Justiça, como desenvolvidas por Oliveira Viana, clássico intérprete de Brasil. O autor foi consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio do governo Vargas e, como já mencionado, teve seus pareceres e de Oscar

Saraiva considerados como uma das principais fontes materiais da CLT (BIAVASCHI, 2018, p. 30).

Os pontos centrais do organicismo de Oliveira Vianna são relacionados à práxis corporativa, expressão cunhada por Angela Castro Gomes (1993, p. 43), para analisar o corporativismo com base no conceito de práxis estabelecida por Wanderley Guilherme dos Santos (1978, p. 67), quando o autor afirma investigar não simplesmente ideias que comandam, precedem ou racionalizam a história, mas a ideia traduzida em comportamentos.

Virgínia Fontes (2005) credita a explicitação de uma “cidadania regulada e limitada” no Brasil a Luís Weneck Vianna e Wanderley Guilherme dos Santos, que evidenciaram esses traços institucionais: “Não absorvidos plenamente pelo assalariamento, mas capturados pelo mercado, imensos contingentes populacionais permaneciam à margem da cidadania e do suporte de um possível Estado de Bem-Estar Social” (FONTES, 2005, p. 29).

A moldura viria a se modificar, posteriormente, no contexto da década de 1970, com a eclosão de crises em vários níveis. Desafia-se, então, a ideia de expansão ilimitada do capitalismo, com suas inclusões forçadas e exclusões internas³⁸¹: “Estaria surgindo uma tendência forte não para um recuo do capital, mas para um crescimento *direcionado, restritivo, limitado, excludente e particularizante*” (FONTES, 2005, p. 31, grifos da autora).

A modificação da década de 1970, no Brasil, é ambígua e vacilante quanto à superação do corporativismo. Devem ser realizadas aproximações sucessivas à temática, para que seja possível compreender em que medida a práxis corporativa é alterada com a adoção da prevalência da “autonomia coletiva” na ordem constitucional brasileira ou, alternativamente, como ela sobrevive em sua plasticidade e durabilidade, nas características destacadas por Angela de Castro Gomes (1993, p. 44).

Uma primeira observação retomará as ideias de Oliveira Viana (1952), como recepcionadas por Werneck Vianna (1999; 2004). Uma característica crucial desse olhar crítico é a caracterização da modernização brasileira como uma longa revolução passiva, com protagonismo dos fatos, distendidos no tempo, e não de sujeitos históricos, “(...)

³⁸¹ “Nos períodos anteriores, essa exclusão interna [desempregados, subempregados, informais e não assalariados] acompanhava-se de uma inclusão forçada à mercantilização da vida social. Na atualidade, o crescimento da desigualdade e dessa exclusão (ainda interna) ocorre em paralelo a uma retração da própria inclusão no mercado” (FONTES, 2005, p. 32).

considerando-a, a rigor, uma de suas modalidades [de revolução passiva] em que mais fortemente atuou o pólo ‘conservação’ (CARVALHO, 2004, p. 18).

Nessa perspectiva de análise, Florestan Fernandes observa que:

(...) o elemento crucial vem a ser o padrão de civilização que se pretendeu absorver e expandir no Brasil. Esse padrão, pelo menos depois da Independência, envolve ideais bem definidos de assimilação e de aperfeiçoamento interno constante das formas econômicas, sociais e políticas de organização da vida imperantes no chamado ‘mundo ocidental moderno’. Portanto, não seria em elementos exóticos e anacrônicos da paisagem que se deveriam procurar as condições eventuais para o aparecimento e o desenvolvimento da ‘burguesia’. Mas nos requisitos estruturais e funcionais do padrão de civilização que orientou e continua a orientar a ‘vocação histórica’ do povo brasileiro. (...) se trata de entidades que aqui aparecem tardiamente, segundo um curso marcadamente distinto do que foi seguido na evolu  o da Europa, mas dentro de end  ncias que prefiguram fun  es e destinos sociais análogos tanto para o tipo de personalidade quanto para o tipo de forma  o social (FERNANDES, 2005, p. 33).

O iberismo se caracteriza como uma interpreta  o do Brasil, alternativa    da herança do patrimonialismo, pensada a partir da efetividade e não do artificialismo, como “um certo tipo de solidariedade social e de padrões de associa  o impostos localmente pelos operadores políticos”. Por isso, o estudo de Werneck Vianna sobre Oliveira Vianna, na crítica ao artificialismo da Constitui  o de 1891 e na defesa da institucionalidade corporativa.

Descreve Maria Alice Rezende de Carvalho:

O aspecto a ser ressaltado    que Werneck Vianna pretende extrair da ‘fic  o metodológica’ que os liberais produziram sobre o Brasil uma teoria da revolu  o passiva    brasileira, entendida como uma longa marcha de transforma  es moleculares administrada por um Estado que invade a vida social, modelando-a. (...) [Como a revolu  o passiva na Restaurac  o europeia,] o iberismo de que fala Werneck Vianna    uma *formaliza  o* das práticas e institui  es do *Estado ampliado* no Brasil. Sua polaridade, portanto, em rela  o ao americanismo não se dá no plano da cultura, dos valores, como ideais civilizatórios alternativos – são, antes, dois modelos distintos de articula  o entre política e sociedade, em que o primeiro indica a *estataliza  o da vida social* mediante o recurso a uma espessa malha de agências intelectual-burocráticas; e o segundo uma forma  o estatal econ  mica, já que prescinde de maiores media  es entre a política e o mundo da produ  o. A história do iberismo   , pois, a história do desempenho do Estado brasileiro em sua a  o modernizadora. E a análise da obra de Oliveira Viana permite reconhecê-lo em dois tempos – o da forma  o da ordem nacional e o da alavancagem do capitalismo no contexto do Estado Novo (CARVALHO, 2004, p. 19, *grifos da autora*).

Alavancar o capitalismo exigia uma concepção de lei mais flexível. Daí que Oliveira Viana pensava a Constituição como uma lei magna e o processo de transformação da lei como algo possível “dentro da ordem”, a partir de uma construção plástica e dinâmica. Evitar-se-iam reformas e desgastes custosos e desnecessários; este era o “‘segredo’ da Constituição americana”, como destacou Gomes (1993, p. 50).

O poder de regulamentação dos sindicatos, consubstanciado nas convenções coletivas, seria acompanhado de um poder de tributação, que exigia o monopólio de representação, assim entendida a artificial extensão da representação para além dos filiados, e o imposto sindical. O controle estatal incluiria a possibilidade de que os sindicatos reivindicassem cláusulas sociais perante os tribunais trabalhistas. Destina-se um forte papel ao Estado, o qual, por meio da lei com centralidade no sindicato corporativo, atuaria na tarefa de “construir e organizar o povo”, estimularia seus movimentos associativos e sua “consciência coletiva” (GOMES, 1993, p. 54).

Essa perspectiva, na visão de Oliveira Viana, não levaria à ideia de que o sindicato configuraria um “poder delegado” do Estado. Ele instituiria uma modalidade associativa, porém a limitaria. “Não haveria, nesse caso, uma ‘transferência’ *tout court* de poder do Estado para o sindicato, mas um ‘reconhecimento’ e uma ‘integração’ (com todos os controles necessários) dos sindicatos pelo Estado” (GOMES, 1993, p. 56). Essa visão se insere nas ideias do período, pois “O sonho dos anos 30 era corrigir o Brasil” (COSTA, 1993, p. 131).

Corrigir exige detectar um problema e este é resultante de uma avaliação do passado, com objetivo de propor um novo futuro. A tradição de “diagnósticos sobre o Brasil”, como definida por Walquiria Domingues Leão Rêgo, tem como traços marcantes: “(...) a realização de amplos diagnósticos sobre o Brasil, a proposição de novos ordenamentos jurídicos e políticos e a afirmação da necessidade de se avaliar o peso do passado colonial sobre nossa formação social e política” (RÊGO, 1993, p. 167).

Oliveira Vianna entendia que a grande dificuldade das elites, para comandar o país, consistia em não conhecer sua realidade: “Na esfera política e constitucional, as nossas elites dirigentes não estão mais informadas do que na esfera militar; nesta, como naquela, o seu desconhecimento da terra e do povo é completo” (VIANNA, 1974, p. 17). Na observação de Evaristo Moraes Filho (2003), Oliveira Vianna teve como preocupação central a falta de instituições de solidariedade no país:

A extensão continental do país, a dispersão populacional por esse imenso território, o arquipélago de ilhas isoladas de ocupação, tudo

levava à constituição de clãs políticos e domésticos, como que fechados em si mesmos, separados da sociedade global, auto-suficientes, em torno de um poder privado. (...) [Como Silvio Romero,] Ambos acreditavam num certo voluntarismo social, pregavam medidas capazes de mudarem a mentalidade e o caráter nacional. Toda a obra do futuro Consultor do Ministério visava a reeducar o brasileiro, mudando-lhe o tipo psicológico. O Brasil estaria fadado ao fracasso como nação independente, entregue ao sonho e à ilusão, era preciso mudar (...) (MORAES FILHO, 2003, p. 320).

A utopia de Oliveira Vianna baseada em uma forte crença no Direito e na intervenção estatal, como instrumentos de um projeto corretivo de uma sociedade que subordinava sua organização política e econômica a interesses individuais e privados. Na descrição de Vanda Maria Ribeiro Costa (1993, p. 131), “A tarefa dos juristas seria observar as transformações das sociedades contemporâneas e a partir delas construir os parâmetros legais para a correção das desigualdades e desequilíbrios produzidos pela industrialização”.

Na avaliação de Moraes Filho (2003), Oliveira Vianna era liberal, inovador no direito individual do trabalho, mas no direito coletivo não. No direito à greve, por exemplo, entendia que não deveria ser considerada sequer como suspensão do contrato de trabalho, mas como *ruptura* do contrato, que autorizaria a dispensa em massa de grevistas. Apesar disso, no âmbito individual defendeu a teoria do risco da atividade econômica, a ser suportada pela empresa, o instituto da estabilidade no emprego e leis reguladoras do contrato de trabalho de maneira geral (MORAES FILHO, 2003, p. 332 e seguintes).

O reordenamento legal deveria ser composto por “leis vivas”, em novas fontes de normatividade que se equiparavam à força legal do Estado³⁸². A nova rede de relações se localizaria no mercado: “Um mercado que se reorganizava não mais através de contratos individualizados, mas como um ‘meio contratual coletivo’” (COSTA, 1993, p. 132). O direito não criaria as normas, mas a elas daria unidade, estatuto jurídico. Ou seja, o Estado se relacionava com a sociedade a partir da ideia de *integração*, ao Estado, das modalidades institucionais corporativas.

³⁸² “Sociologizando o Direito, Oliveira Vianna concebia-o como algo vivo a ser construído e reconstruído incessantemente a partir do movimento das sociedades, de seus interesses, sua estrutura e necessidades” (COSTA, 1993, p. 132).

Os dois mecanismos centrais pelos quais o Estado operaria essa sua nova função seriam a delegação de poderes³⁸³ e a descentralização funcional³⁸⁴, por meio das quais “Vianna sugeria a criação de um território – espacial e político – alternativo e imune aos partidos oligárquicos, no qual se fazia possível a participação e representação dos ‘interesses verdadeiros do povo brasileiro’” (COSTA, 1993, p. 137). O acordo e a convenção coletiva “tomavam emprestado” ou “estendido” o poder de obrigar que apenas o Estado possuía (COSTA, 1993, p. 139).

O povo-massa de Oliveira Vianna não conhecia práticas de solidariedade social: “Pois a própria constatação de amorfismo social que a noção povo-massa sugere exclui necessariamente a capacidade de estabelecimento de laços orgânicos fortes entre a população” (RÊGO, 1993, p. 171). O Estado, então, deve estabelecer uma política orgânica e nacional, integrando os problemas nacionais ao Estado. As oligarquias são inevitáveis, necessárias e não devem ser destruídas, mas sim educadas, disciplinadas. “Isto é, trazê-las para dentro do complexo estatal” (RÊGO, 1993, p. 174).

O Estado deveria ser forte, centralizado, garantidor da ordem e da autoridade, intervencionista. A “solução estatista radical” nesse período, anos 1920 e 1930, afetava até mesmo o federalismo dos Estados Unidos, no qual um esforço histórico pela centralização era uma característica da mesma época em que escrevia Viana, como bem lembra Rêgo (1993, p. 181), para destacar a conexão do autor às necessidades de seu tempo.

Um “fato” de nossa revolução passiva, ainda que imposto de cima, é de que houve um avanço da agenda da igualdade no Estado Novo, como caracterizado por Rezende Carvalho (2004, p. 21), ao ser realizada uma busca por construir a

³⁸³ “A delegação de poderes legislativos é um imperativo da complexificação das funções do Estado moderno. O fato importa ‘numa ampliação cada vez maior da competência reguladora das autoridades administrativas’ levadas a atuar principalmente no campo do Direito Industrial, do Direito Econômico e do Direito Corporativo (Vianna, 1938, pp. 41-2). À delegação segue-se naturalmente a autonomia legislativa, e revela-se no fato de que ao delegar poderes o Estado reconhece lógica e naturalmente que esta delegação deve ser exercida ‘com os critérios peculiares à autoridade administrativa’ investida deste poder (Vianna, 1938, p. 46). (...) Com este argumento Oliveira Vianna defende a autonomia das corporações e justifica a ideia de que cabe também ao Estado, sempre que o interesse público o determine, o papel de criar corporações. Em face da diversificação dos interesses e da emergência de organizações privadas e autônomas produtoras de regulação, restava ao ‘velho Estado Legislador’ o seu ‘poder de império’, com o qual conseguia subordinar à sua vontade e fins nacionais as atividades das organizações profissionais e econômicas privadas (Vianna, 1938, p. 50). Ao Estado cabia, através de seu poder de império, criar mecanismos de administração desses interesses organizados” (COSTA, 1993, p. 135).

³⁸⁴ “A descentralização geográfica propiciava o fortalecimento excessivo do poder local. A descentralização funcional instrumentalizava a redução – ‘no tocante à competência administrativa’ – da força e do domínio ‘dos chamados interesses locais’ (Vianna, 1938, p. 49) sendo portanto a outra face da centralização política” (COSTA, 1993, p. 137).

impessoalidade, a generalidade e o caráter abstrato da razão nacional, em oposição à dependência pessoal e à política de clientela que caracterizariam o público e o privado no país.

Este avanço da igualdade era baseado em uma certa escola de civismo, em que os interesses privados são “elevados à esfera pública” e o mundo do trabalho é subsumido pelo Estado. Daí que:

(...) na concepção dos ideólogos estadonovistas, o sentido desse modelo não era o de produzir autonomia, mas o de exercer ação pedagógica acerca do bem-comum, centrada nas ideias de colaboração e de harmonia entre as classes sociais. Porém, ao criar as instituições que aproximaram os indivíduos do Estado e ao conceber a economia como sistematicamente articulada à política e à organização social, produziram a conversão dos trabalhadores em cidadãos. (...) (CARVALHO, 2004, p. 22).

Esta linha de interpretação do país, o conservar-mudando, em que se misturam ação estatal com objetivo de conservação e modernização sociais, reivindicou o que consistiria no seu contrário, a saber, a revolução. “Nessa dialética brasileira em que a tese parece estar sempre se automeando como representação da antítese, evitar a revolução tem consistido, de algum modo, na sua realização” (VIANNA, 2004, p. 43). A revolução, embora desconhecida no Brasil, não é uma ideia fora do lugar, pois o Brasil “pode ser considerado como o lugar por excelência da revolução passiva” (VIANNA, 2004, p. 43).

A radical ambiguidade do Estado brasileiro deriva da “restauração progressiva” da base da economia colonial, realizada pelo liberalismo, elemento revolucionário que vem a atuar “de modo encapuzado, no processo de diferenciação da sociedade civil, desgastando, ao longo do tempo, os fundamentos da ordem senhorial-escravocrata” (VIANNA, 2004, p. 44). O Estado seria uma “(...) instituição tensa, arquiteto de uma obra a reclamar a cumplicidade do tempo, delegando-se ao futuro a tarefa de vencer a barbárie de uma sociedade fragmentária e invertebrada (...)” (VIANNA, 2004, p. 44).

Se o Estado “representa” a tensão, integra-a, moderniza as relações sociais sem deixar de conservá-las, é porque ele não tem sua *forma* imposta pelas estruturas do passado. Ao contrário, esta nova forma, modernizada, é um novo ato do Estado, “que, ao restaurá-las [as estruturas econômicas da colônia], inicia sua história com a única alternativa econômica compatível com a vocação de sua estratégia territorialista” (VIANNA, 2004, p. 45).

Na periferia do capitalismo, a revolução burguesa “é fenômeno essencialmente político, de criação, consolidação e preservação de estruturas de poder predominantemente políticas, submetidas ao controle da burguesia ou por ela controláveis em quaisquer circunstâncias” (FERNANDES, 2005, p. 343). A caracterização da burguesia como contra-revolucionária e antidemocrática, descrita por Florestan, apresenta os objetivos dessa classe fundamental: “(...) manter a ordem, salvar e fortalecer o capitalismo, impedir que a dominação burguesa e o controle burguês sobre o Estado nacional se deteriore” (FERNANDES, 2005, p. 343).

Para cumprir tais fins, vale observar que as classes dominantes do Brasil não devem ser caracterizadas, segundo Florestan, como meras burguesias compradoras, porque vivem o capitalismo dependente e subdesenvolvido, em que reinariam situações coloniais e neocoloniais (FERNANDES, 2005, p. 344). Em outro sentido, “Elas detêm um forte poder econômico social e político, de base e de alcance nacionais; possuem o controle da maquinaria do Estado nacional; e contam com suporte externo para modernizar as formas de socialização, de cooptação, de opressão ou de repressão (...)” (FERNANDES, 2005, p. 344 e 345).

Esta classe emprega “violência institucionalizada na defesa de *interesses nacionais privados*, de *fins políticos particularistas*; e sua coragem de identificar-se com formas autocráticas de autodefesa e autoprivilegiamento” (FERNANDES, 2005, p. 345). O poder burguês, nesse sentido, “se impõe sem reboços de cima para baixo, recorrendo a quaisquer meios para prevalecer, erigindo-se a si mesmo em fonte de sua própria legitimidade e convertendo, por fim, o Estado *nacional e democrático* em instrumento puro e simples de uma ditadura de classe preventiva” (FERNANDES, 2005, p. 346).

Nesse itinerário de reflexões, chega-se àquele tema que Florestan classifica como principal: “(...) [a] conexão geral da dominação burguesa com a transformação capitalista, sob o capitalismo dependente e subdesenvolvido na fase mais adiantada da *eclosão industrial*” (FERNANDES, 2005, p. 348). O desenvolvimentismo acelerado é acompanhado, no Brasil, de uma “revolução institucional”, ambos implicando “a mesma saída: a *revolução nacional* continuaria a ser dimensionada pela infausa conjugação orgânica de desenvolvimento desigual interno e dominação imperialista externa” (FERNANDES, 2005, p. 350, grifos do autor).

A dupla articulação, entre o desenvolvimento e a dominação, não limita o significado estrutural da revolução burguesa no Brasil. Trata-se de assegurar uma

dominação burguesa no nível do político e, portanto, com intervenção do Estado. Deve-se entender dominação não apenas como força econômica e força política. Nas palavras de Florestan, “Ela polariza politicamente toda a rede de ação autodefensiva e repressiva, percorrida pelas instituições ligadas ao poder burguês, da empresa ao Estado, dando origem a uma formidável superestrutura de opressão e de bloqueio (...)” (FERNANDES, 2005, p. 352).

Esta “opressão de classe institucionalizada” possui conexões diretas e indiretas com necessidades políticas, sociais e econômicas, as quais “indicam claramente que essa forma de dominação burguesa constitui a verdadeira chave para explicar a existência e o aperfeiçoamento da versão que nos coube do capitalismo, o *capitalismo selvagem*” (FERNANDES, 2005, p. 353). A singularidade da materialização do modo de produção, em terras brasileiras, consiste na associação entre luxo, poder e riqueza, por um lado, “miséria, opróbrio e opressão, de outro”. Disso decorre uma “implacável guerra civil latente” (FERNANDES, 2005, p. 354).

A descrição de Florestan sobre a liberdade de classe que floresce como um padrão extremamente egoístico e irresponsável, longe de atribuir adjetivações ou juízos de valor sobre um fenômeno tido como “negativo”, são a descrição de uma transfiguração da força social exercida pela burguesia, crescentemente autoritária. A passagem da perspectiva de uma solidariedade de classe dominante “autoritária” para “abertamente ‘totalitária’ e contrarrevolucionária [foi], em suma, o fermento de uma ditadura de classe *preventiva*” (FERNANDES, 2005, p. 368, grifos do autor).

A multiplicação de conflitos sociais desgastou o poder e até mesmo o colocou em risco. “Nunca chegou a existir uma situação pré-revolucionária tipicamente fundada na rebelião antiburguesa das classes assalariadas e destituídas. No entanto, a situação existente era *potencialmente pré-revolucionária* (...)” (FERNANDES, 2005, p. 374, grifos do autor). A potencialidade se expressa no grau de desagregação, desarticulação e desorientação da dominação burguesa. Assim, a “revolução institucional” de 1964 é explicada é descrita como resultante de um “constante processo de erosão intestinal” (FERNANDES, 2005, p. 375).

Uma periodização sobre as diferentes formas institucionais assumidas pelos sindicatos, no Brasil, é oferecida por Vianna (1999, p. 64), com base no cruzamento entre três diferentes estatutos de legalidade: os sindicatos podem ser entendidos como (a) livres e autônomos, ou como (b) pessoas jurídicas de direito privado, com autonomia

restrita, ou como (c) pessoas jurídicas de direito público. Além disso, o autor propõe cinco classificações da situação do mercado de trabalho:

a) o mercado de trabalho se apresenta livre de interferência do Estado e da ação organizada da classe operária; b) o mercado de trabalho se acha sob regulamentação por parte do Estado e desconhece a influência da ação organizada da classe operária; c) o mercado de trabalho se encontra ausente da regulamentação por parte do Estado, mas tem sua liberdade restringida pela ação organizada da classe operária (essa ação pode ser legítima ou não, segundo os cânones institucionais estatuídos pelo sistema da ordem); d) o mercado se encontra sob a dupla influência do Estado e da ação organizada da classe operária, o *quantum* de influência cabível a cada ator varia num *continuum*: nas estruturas de liberalismo pluralista, o papel jogado pela ação operária diante do seu interlocutor direto prepondera sobre a regulamentação estatal, dando-se o inverso nas formações de liberalismo não-consensual; e) o mercado está sob pleno controle do Estado (VIANNA, 1999, p. 64).

Com base na classificação tripartida da natureza jurídica do sindicato e com cinco possibilidades para a estruturação do mercado de trabalho, Werneck Vianna elabora um quadro que expõe uma periodização em nove períodos para o sindicalismo brasileiro:

Tabela 7 - Periodização do movimento sindical brasileiro (1889-1946)

Estatuto institucional do sindicato Situação de mercado de trabalho	Sindicato livre e autônomo	Sindicato de natureza privada e autonomia restrita	Sindicato de natureza pública
Mercado livre	até 1889		
Mercado sob influência do Estado, mas livre da ação organizada da classe operária	1889-1891		
Mercado livre do Estado, mas sob a influência da ação organizada da classe operária	1891-1919		
Mercado sob a influência do Estado e da classe operária	1919-1930	1931-1933	
	1934-1935	1946-1964	
Mercado sob pleno controle do Estado		1964 em diante	1935-1946

Fonte: VIANNA, 1999, p. 65.

Duas dimensões saltam aos olhos diante do quadro histórico organizado acima, como uma problematização proposta por Vianna (1999, p. 68). Uma primeira ordem de questões investiga como as classes dominantes conceberam o sistema legal e inseriram a classe trabalhadora nele em sucessivos rearranjos institucionais, buscando identificar os motivos das mudanças e os pressupostos do sistema. Uma segunda problematização busca entender como as classes subalternas “legitimaram a ordem estatuída e de como, através de que forma e com que intensidade, a ela resistiram” (VIANNA, 1999, p. 68).

Sobre o primeiro problema proposto, Vianna (1999; 2004) oferece uma interpretação sobre as formas inglesa, francesa e alemã de transição para o capitalismo³⁸⁵. A modernização econômica brasileira se realizou mediante a intervenção

³⁸⁵ O autor recupera lições de Gramsci e Lênin sobre as diferentes transições para o capitalismo, para formular sua posição: “Nas formas inglesa e francesa de transição para o capitalismo a burguesia industrial se torna classe dominante a partir da sociedade civil – eliminando ou não sobrevivências de formas de propriedade anteriores – apropriando-se do Estado, num caso, por um processo de lenta geração molecular, e noutro, por meio de uma revolução. A via capitalista reacionária, ao revés, tem origem numa situação em que a grande propriedade senhorial, transformando-se em capitalista, se apossa do Estado, dirigindo desse aparato o trânsito para a modernização da sociedade” (VIANNA, 1999, p. 174).

política e a conservação do sistema político. A estrutura corporativa sindical, nesse contexto, também era associada a um discurso modernizante.

O diploma legal que instituiu o sindicato corporativo foi o Decreto 19.770/1931. Nele, optou-se “pelo sindicato único, definindo-se o sindicato como órgão de colaboração com o poder público. Quanto a fins econômicos, visava-se disciplinar o trabalho como fator de produção; quanto a fins políticos, vedar a emergência de conflitos classistas” (VIANNA, 1999, p. 184). Werneck Vianna recupera discurso de Joaquim Pimenta, que elaborou o regime da sindicalização corporativa junto com Evaristo de Moraes:

[O decreto] fora elaborado tendo-se em conta a situação das classes trabalhadoras do Brasil; os obstáculos que se antepunham à sua organização e a uma política social, que fosse a expressão de interesses que teriam de ser ritmados por um regime legal, que resultasse de uma aproximação e se fizesse mediante um compromisso por parte do Estado de reconhecer no sindicato, mais do que uma simples sociedade civil, um órgão necessário ao equilíbrio da ordem jurídica na economia nacional (PIMENTA *apud* VIANNA, 1999, p. 184 e 185).

Elevado a órgão necessário para o equilíbrio da ordem jurídica, o sindicato corporativo não poderia sofrer influência dos imigrantes europeus, que na fase precedente haviam mobilizado socialmente a classe. Por isso, o Decreto dispunha que brasileiros deveriam compor, ao menos, dois terços do total de filiados; que brasileiros naturalizados, se quisessem compor cargo de chefia, deveriam residir, no mínimo, há 10 anos no Brasil; e que estrangeiros, se quisessem compor direções sindicais, deveriam morar, pelo menos, há 20 anos no país (VIANNA, 1999, p. 185).

No período da ditadura civil-militar, a valorização de um “novo modelo” de atuação sindical, em especial na década de 1970, se deu com a injeção de recursos do governo nas entidades sindicais, por meio de financiamentos e doações (MATTOS, 2009, p. 102). Também a Justiça do Trabalho, que entre 1946 e 1964 não havia tido forte expansão, volta a crescer entre 1964 e 1985. No primeiro período mencionado, 1946 a 1964, não foi criado nenhum Tribunal Regional do Trabalho; no segundo, durante a ditadura empresarial-militar, foram criados quatro Tribunais Regionais do Trabalho, por meio da Lei n. 6.241/1975 (Curitiba), Lei n. 6.927/1981 (Brasília), Lei n. 6.915/1981 (Manaus) e Lei n. 6.928/1981 (Florianópolis).

Nesse período, o governo militar tomou medidas de dinamização do padrão de acumulação e, também, se contrapôs ao Poder Legislativo, violando a separação de

poderes e coibindo a atuação de deputados e senadores, por meio de Atos Institucionais n. 02 e n. 05. Ciente do sentido de seus atos e da necessidade de mascará-los, o governo militar tomou o cuidado de não suprimir o Legislativo, mas sim de limitar “ao extremo suas obrigações, ocorrendo uma verdadeira ‘degradação’ do seu poder” (ANTUNES, 1988, p. 119).

Também a legislação social não precisou ser modificada, para ser operada de forma autoritária. Como recorda o historiador do trabalho Marcelo Badaró Mattos (2009), a CLT permitia a intervenção nos sindicatos pelo Ministério do Trabalho. “Assim, tão logo o golpe consolidou-se, o governo militar ordenou a intervenção em 433 entidades (383 sindicatos, 45 federações e 4 confederações)” (MATTOS, 2009, p. 101).

O período da ditadura empresarial-militar brasileira é marcado por altas taxas de acumulação capitalista, mas caracterizado também por “baixos salários, ritmos de produção intensificados, jornadas prolongadas (...). O Brasil vivia, então, sob o binômio ditadura e acumulação, arrocho e expansão, tendo no tripé *setor produtivo estatal*, *capital nacional* e *capital internacional* os seus pilares básicos” (ANTUNES, 2018, p. 118). Trata-se de período em que a distribuição de renda se tornou ainda mais desigual:

(...) em 1960, os 50% mais pobres da população ficavam com apenas 17,7% da renda nacional, mas, em 1980, estavam em situação ainda pior, pois dispunham de apenas de 13,5% da renda. Já os 5% mais ricos da população passaram dos 27,7% da renda de que se apropriavam em 1960, para a apropriação de 34,7% da renda nacional em 1980. Um milagre que fez os ricos muito mais ricos e, por consequência, os pobres cada vez mais pobres (MATTOS, 2009, p. 110).

No âmbito do controle estatal do exercício de liberdades coletivas do trabalho, nos primeiros anos e na década de 1970 da ditadura empresarial-militar, Badaró Mattos (2009) oferece uma análise com periodização em três períodos: o primeiro, entre 1964 e 1967, caracteriza-se pelas intervenções e perseguições antes mencionadas; durante o segundo, entre 1967 e 1970, “o Ministério do Trabalho passou a ter um discurso de liberalização progressiva das atividades sindicais e promoveu eleições em várias entidades” (MATTOS, 2009, p. 102); no terceiro período, a partir de 1970, percebe-se uma revalorização dos sindicatos por parte do governo, “mas apenas como órgãos integrados ao sistema oficial de previdência e assistência social. Como balcão de serviços, os sindicatos poderiam servir melhor também para veicular as ‘conquistas’ do regime militar” (MATTOS, 2009, p. 102).

O período de 1970 é inaugurado na fase mais violenta de repressão às oposições, “em especial, aos grupos políticos de esquerda que optaram pelo caminho da luta armada” (MATTOS, 2002, p. 109), o que se realizou de forma combinada ao “milagre econômico”, com crescimento anual do PIB “a taxas superiores a 10% na maior parte do período 1968–1976, chegando à taxa recorde de 14% de variação anual em 1974” (MATTOS, 2002, p. 109). O crescimento é realizado com forte endividamento estatal, o que explica a crise do “milagre”: em 1964, ao começo da ditadura, o Estado brasileiro possuía uma dívida de 5 bilhões de dólares; em 1975, a dívida aumenta para 20 bilhões de dólares; em 1985, o montante chega a 100 bilhões de dólares (MATTOS, 2009, p. 102).

Nesse contexto, o corporativismo é uma herança persistente da modernização conservadora brasileira. A Constituição de 1988 não apenas não o extingue, como fundamentalmente o preserva. É o que o exame exegetico sobre o princípio da autonomia coletiva na Constituição Federal permite concluir. Mas não se trata de uma preservação. Tem-se, fundamentalmente, uma permissividade constitucional, em que tal ilegalidade poderia e efetivamente foi expandida pelo STF recentemente.

Uma primeira consideração sobre o tema observa que os direitos individuais de trabalhadores não são absolutamente cindidos dos direitos coletivos, na CRFB/1988. No artigo 7º, por exemplo, a Constituição dispõe sobre direitos *individuais* que podem sofrer alterações por força do exercício dos direitos *coletivos*. São três exemplos constitucionais:

a) O direito à irredutibilidade salarial tem força normativa constitucional, no entanto pode ser reduzido por disposição em acordo ou convenção coletiva (CRFB/1988, art. 7º, VI)³⁸⁶;

b) O direito à irredutibilidade da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais também é dotado de força normativa constitucional, mas também foi atribuída força constitucional à redutibilidade e à compensação de jornada, com o único requisito de que sejam previstas em acordo ou convenção coletiva (CRFB/1988, art. 7º, XIII)³⁸⁷;

³⁸⁶ CRFB/1988, Art. 7º: “(...) VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

³⁸⁷ CRFB/1988, Art. 7º: “(...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

c) O direito à jornada de trabalho reduzida, para quem realiza atividades em turnos ininterruptos de revezamento, também pode ser retirado, desde que haja previsão em contrato coletivo (CRFB/1988, art. 7º, XIV)³⁸⁸.

Observadas as permissividades constitucionais pelas quais o negociado prevalecerá sobre direitos antes afirmados, também encontra relevo conhecer a dimensão especificamente coletiva do Direito do Trabalho. Na CRFB/1988, ela é detalhada no artigo 8º e seguintes. Dispõe o texto constitucional:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Como se lê, a Constituição institui as seguintes limitações à liberdade sindical:

a) prevê a necessidade de autorização do Estado para o registro do sindicato em órgão público, ainda que vedadas a intervenção e a interferência estatais nos sindicatos (CRFB/1988, art. 8º, I);

³⁸⁸ CRFB/1988, Art. 7º: “(...) XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”.

b) impõe a estrutura da unicidade sindical, com vedação à criação de mais de um sindicato por categoria e região, norma típica do corporativismo getulista, que limita fortemente o direito de associação sindical (CRFB/1988, art. 8º, II);

c) atribui ao sindicato a representação automática de toda a categoria de trabalhadoras e trabalhadores, independentemente de filiação, o que induz a uma representatividade imposta legalmente pelo alto, desenraizada de um trabalho político concreto (CRFB/1988, art. 8º, III);

d) prevê a possibilidade de contribuição confederativa descontadas em folha de pagamento, como uma forma de custeio sindical que se somaria à tradicional contribuição sindical³⁸⁹ (CRFB/1988, art. 8º, IV).

Além das limitações à liberdade sindical descritas e ainda observando apenas o artigo 8º, a Constituição estabelece a facultatividade da filiação sindical, que pode ser entendida como uma liberdade individual de agir coletivamente (CRFB/1988, art. 8º, V); fixa a obrigatoriedade de participação do sindicato em negociações coletivas, com o objetivo de incentivar relações entre sindicatos patronais e de empregados (CRFB/1988, art. 8º, VI); dispõe que é direito das aposentadas e dos aposentados a participação sindical (CRFB/1988, art. 8º, VII); e prevê a limitação do poder patronal em relação ao dirigente sindical, que fica protegido de dispensa sem justa causa (CRFB/1988, art. 8º, VIII).

Visto sob este ângulo, a ordem corporativa não foi substancialmente modificada pela Constituição de 1988. Maurício Godinho Delgado (2019) caracteriza como “legado antidemocrático” a preservação, na Constituição, de estruturas corporativas como a Justiça do Trabalho e o sindicato único. É possível compreender que representam uma regressividade, mas não um legado; um princípio de negação da ordem democrática, mas não um “entulho autoritário”. As ilegalidades constitucionais do trabalho e as permissividades para a prevalência do negociado sobre o legislado estiveram presentes desde o começo.

³⁸⁹ A contribuição sindical, conhecida popularmente como *imposto sindical*, era prevista apenas legalmente e foi derogada pela contrarreforma trabalhista. Nas novas disposições normativas referentes à temática, consta uma previsão de possibilidade de que seja recolhida a contribuição, mas se lhe atribui caráter facultativo. “Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados (...) Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação”.

Essa nova fundamentação realiza um deslocamento de sentido do corporativismo, *híbrido*, ao acrescentar um princípio de participação e de responsabilidade à noção de integração à ordem e de conciliação. O poder de obrigar do Estado, estendido ao sindicato sob a racionalidade da *autonomia coletiva*, vem a ter seu sentido pervertido pela contrarreforma trabalhista.

O enfraquecimento substantivo do sistema de custeio sindical, com o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical (CLT, art. 545 e 578)³⁹⁰, fez com que a dependência econômica das entidades sindicais, antes devida apenas à ordem legal e com algum grau de autonomia garantido constitucionalmente, passasse a ser diretamente dependente das negociações com entidades sindicais patronais. Notadamente, pode-se indicar que a nova regulação do Estado brasileiro para a negociação coletiva indica este novo papel, como uma verdadeira *renovação do corporativismo* (CLT, art. 611-A³⁹¹).

Por isso, a recuperação da centralidade à autonomia coletiva não é um retorno ao corporativismo, pois ele nunca foi abandonado. O desenho institucional discriminatório do Direito do Trabalho exigiu a possibilidade flexibilização de direitos fundamentais, que se operou crescentemente por meio da autonomia coletiva. A ilegalidade expandida não é a repetição ou a recuperação do corporativismo. É, em outro sentido, a atualização conservadora de elementos do arcaico de nossa ordem constitucional, que se reconfigura com o enfraquecimento das entidades sindicais, cuja sobrevivência passa a subentender negociar direitos, regressivamente.

A persistente contradição entre autonomia coletiva, representação sindical e ordem legal recupera um necessário sentido de investigação sociológica assim descrito por Oliveira Viana (1952, p. 11) nas “Palavras de Prefácio” de *Populações Meridionais*, quando reivindica o objetivo da sua obra como “(...) investigar na poeira do nosso passado os germes das nossas ideias atuais”.

A autonomia coletiva, afirmada e organizada institucionalmente por um Estado interventor, pela social-democracia alemã e pelo comunitarismo corporativo brasileiro, foi fortalecida nas decisões do Supremo, mas não para que se expressem as utopias de seus idealizadores, supostamente a um nível aperfeiçoado. O problema, novamente, não

³⁹⁰ A contrarreforma trabalhista será objeto de análise detalhada no Capítulo 3. A referência a este aspecto oferece uma transição de abordagem entre a análise documental de decisões judiciais e a análise documental de atos normativos como modo de observar as metamorfoses da forma jurídica.

³⁹¹ Trata-se do dispositivo normativo que disciplina as hipóteses jurídicas em que é lícito negociar *coletivamente* direitos previstos em lei. O tema será abordado em detalhe na sequência. Assim dispõe o caput do artigo: CLT, art. 611-A: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (...)”.

se resolve em uma volta ao passado. É preciso, para tornar o arcaico motor de acumulação, apresentar formas jurídicas modernizantes, em que se restaura, em nova roupagem, o envelhecido sistema da unicidade sindical, *ora dependente da negociação coletiva*.

Este desenho institucional reconfigurado, na plasticidade de suas soluções dentro da ordem, responde às expressões coletivas da crise do contrato de trabalho com ilegalidades que expandem a integração subordinada das liberdades coletivas no país. Tem-se o trânsito de uma integração ao Estado para um enquadramento estatal da integração do sindicato a uma estratégia ainda mais conciliatória com a empresa, como forma de sobrevivência. O sindicalismo é pretensamente valorizado, mas sua crise se agrava.

2.2.2 Hostilidades contratuais e erupções coletivas

Conhecidas dimensões da relação trabalhista como um contrato individual de vontade livremente consentida (SUPIOT, 2016), sua crise crescente (MÉSZÁROS, 2011; KESSELMAN, 2010; BENSUSÁN, 2013; VARELA, 2018; HARVEY, 2005; HARVEY, 2017; ANTUNES, 2011; STREECK, 2018; TORRES, 2010), em uma ordem constitucional na qual tem prevalência a autonomia da vontade coletiva (BRASIL, 2015), tem-se uma situação na qual as ilegalidades são *reforçadas e expandidas*. É chegado o momento de discutir suas consequências e seu sentido para o Direito e para a democracia.

Como componentes incômodas e crescentemente perturbadoras das velhas ilusões corporativas e conciliatórias, as ilegalidades constitucionais do trabalho não agem sobre o vazio e não criam ou recriam o Estado, mas alteram as bordas de sua ilegalidade, sobre uma base material anteriormente posta. Daí que explicitam traços e sentidos de uma *crise crescente* na qual se expande não o neoliberalismo, apenas, mas as suas ruínas, para retomar a imagem de Wendy Brown (2019).

A crise da teoria do contrato laboral observou a diversificação e heterogeneização do objeto contratual, antes vedadas. Para identificar elementos da racionalidade dessa transição, o conceito de ilegalidades constitucionais do trabalho foi proposto, como forma de destacar as alterações da ordem jurídica laboral. Demonstrou-se um desenho institucional discriminatório sobre trabalhadores e trabalhadoras, em temas como direito à igualdade salarial, direito à privacidade e cláusula contratual de jornada parcial.

Convém lembrar que, pela observação da jurisprudência do TST sobre o tema do tratamento discriminatório na exigibilidade de antecedentes criminais em entrevistas de emprego, o Estado regulamentou um impacto discriminatório sobre negros e negras no momento pré-contratual, ao permitir a exigência de antecedentes criminais para inúmeras atividades profissionais. Situar a decisão no tempo torna a observação mais precisa: a situação poderia ser enquadrada, anteriormente, como ilegalidade. Assim, pode-se dizer que o poder de legalidade do Estado nega um sentido de ilicitude que antes era atribuído ao objeto contratual.

O conceito, com base no exposto, oferece potencial heurístico como diretriz para investigação sobre as metamorfoses das bordas de legalidade de normas contratuais de ordem pública. Por meio dele, pode-se observar que as fronteiras entre legal e ilegal no contrato de trabalho não apenas são ultrapassadas, violadas, embaralhadas ou hibridizadas (AZAÏS, 2012; CARLEIAL; AZAÏS, 2007), mas fazem-no de forma espoliativa, violenta, fraudulenta (HARVEY, 2005), discriminatória (RIOS, 2008). Este primeiro momento da análise, no âmbito normativo e estatal, torna possível dar um segundo passo, em direção à noção de hostilidades contratuais.

Para uma observação mais concreta do objeto da tese, convém lembrar que o poder da ilegalidade faz expandir-se a relação desigual de poder, já existente nas relações de trabalho, *no âmbito normativo* ou estatal. O conceito, portanto, destaca a transição da correlação de forças entre as classes sociais e fornece mediações à análise jurídica empírica. A noção de hostilidade contratual deriva do conceito de ilegalidades do trabalho, mas se concretiza nas relações sociais e não pode ser observada, portanto, apenas como uma negação de uma ilicitude antes atribuída a um objeto, abstratamente. Em outro sentido, uma hostilidade contratual nega a negação, para se apresentar como norma de comportamento, institucional, concreta, positiva, que regula a ação entre sujeitos e captura seu horizonte de expectativas. *Lícita e vigente*, a partir de então.

Denominam-se hostilidades contratuais expressões concretas de relações sociais cujas normatividades são *agressivas*, pelas quais podem-se destacar, nas relações de poder entre capital e trabalho, o elemento da violência, da ameaça, do estranhamento no trabalho. A figura teórica tem objetivo de apreender no concreto pensado elementos do real concreto, observados em entrevistas e atos do Estado, aptos a revelar como os contratos de trabalho possibilitam a reificação de direitos da personalidade do trabalhador e da trabalhadora, no contexto do avanço de necessidades empresariais cada vez mais específicas, devidas à acumulação flexível (HARVEY, 2005, p. 143).

Para tanto, esta subseção apresenta traços da categoria e postula sua observação como termômetro qualitativo de observação de insatisfação no contrato de trabalho. A hostilidade contratual, face concreta das ilegalidades expandidas, permite observar a violência laboral não como o negativo ou externo da norma, mas como sua parte constitutiva. Discutem-se as consequências desse movimento de ruínas neoliberais e hostilidades contratuais em dois tempos. No primeiro (a), analisa-se a racionalidade jurídica da liberdade e, no segundo (b), abordam-se as liberdades do trabalho, públicas, coletivas, normatividades nas quais se desenvolvem hostilidades e erupções.

a) Personalidade sitiada e trabalho informacional

É preciso recuperar uma questão fundamental, o centro da transformação jurídica que se efetiva no ramo juslaboral, quando realiza metamorfoses do objeto proibido do contrato de trabalho. De quais direitos podem o trabalhador e a trabalhadora desistir, abdicar, renunciar ou ainda transacionar no contrato de trabalho, sem serem reduzidos, da condição jurídica de pessoa à condição jurídica de coisa? Como esse clássico problema sobre os limites dos direitos subjetivos atinge o corpo e a personalidade das pessoas que trabalham? Depois, indo um pouco mais longe: qual a relação entre tal renunciabilidade e a reorganização da empresa neoliberal, no contexto do trabalho informacional?

Afirmar a existência de um direito à liberdade de renúncia contratual, e somente isso, é impreciso e foi discutido pela teoria moderna laboralista, que solidificou o modelo do contrato de trabalho padrão e infundiu lei no contrato, para afastar os riscos da vontade submetida ao capital. Entre incertezas e silêncios, o percurso da crescente possibilidade de disposição da vontade no contrato de trabalho pelas ilegalidades constitucionais do trabalho abriu caminhos para uma revisitação teórica.

A trajetória dos direitos subjetivos do trabalho é marcada pelo desenvolvimento da ciência e da dominação. Na modernidade, como descreveu Gediél (2000), a disposição voluntária de partes ou elementos do corpo quebra a indissociabilidade física do ser humano e apresenta-lhe uma nova forma de liberdade, ora confrontada com a força impositiva do poder estatal. A equação veio a ser resolvida apenas por discussões sobre o conteúdo ético dos direitos e político das experiências históricas, do que surgiu o conflituoso campo dos direitos da personalidade.

Um olhar histórico sobre o caminho intelectual da relação entre lei e disposição do indivíduo sobre o próprio corpo (*ius in se ipsum*) indica que, no século XIX, o modelo

de legislação era utilitário, voltado a conteúdos patrimoniais, incapaz de conceber o corpo como objeto contratual. A controvérsia entre Savigny e Puchta ou entre subjetivistas e objetivistas, como analisada por Gediél (2000, p. 29 e 30), reverberou na doutrina jurídica os limites da disposição da vontade e, portanto, de uma certa concepção de liberdade, da qual poderia resultar *reificação*³⁹².

O problema se formulava pela observação de que a noção de direito subjetivo engendrava um objeto que poderia ser reificado. Este fim mercadológico das relações jurídicas se infiltrava em um arranjo jurídico complexo, no qual os sujeitos reguladores não possuiriam apenas disposição de vontade, mas também finalidades e interesses. O poder de vontade, depois de Jhering, não poderia ser considerado em abstrato, pois o autor “destaca que é o interesse, e não a vontade, o objeto da tutela da ordem jurídica (...)”. (GEDIEL, 2000, p. 32). Todas essas discussões acentuaram “(...) a ideia jusnaturalista que o corpo humano expressa a liberdade do sujeito e é a sede de suas faculdades jurídicas (vontade)” (GEDIEL, 2000, p. 33).

A liberdade pode ser vista, em Hobbes³⁹³, como ausência de impedimento físico e como ausência de impedimento ao poder, nas dimensões de liberdade corpórea e autonomia de ação³⁹⁴. São parte das “comodidades” dos súditos, nas palavras de Hobbes

³⁹² “A controvérsia, ao problematizar o conceito de direito subjetivo, enfrentou, ainda, a dificuldade de se definir o corpo como mero objeto da relação jurídica. Os subjetivistas, como Savigny, não podiam negar o poder de vontade, mas, por outro lado, não poderiam admitir um direito constituído sobre o corpo. Argumentavam que a pessoa humana não pode, a um só tempo, ser sujeito e objeto de uma relação jurídica, pois o Direito define as coisas por oposição ao sujeito. Assim, somente as coisas exteriores, isto é, estranhas à esfera constitutiva do sujeito, poderiam ser objeto de qualquer relação jurídica. Em sentido contrário, para aqueles que assinalavam a precedência absoluta do direito objetivo em relação ao direito subjetivo, o corpo apresentava-se passível de reificação, desde que houvesse previsão legal. Sob essa ótica, o corpo poderia ser tratado pelo ordenamento jurídico como coisa (*res*), figurando entre os direitos reais atribuídos ao homem, em uma relação jurídica intrapessoal e não mais intersubjetiva” (GEDIEL, 2000, p. 30).

³⁹³ Inserido no paradigma do sujeito ou da consciência (LUDWIG, 2006), T. Hobbes oferece uma interpretação da liberdade que coloca no centro seu exercício, sempre realizado pelo sujeito: “Quando se diz, por exemplo, que o caminho está livre, não se está indicando qualquer liberdade do caminho, e sim daqueles que por ele caminham sem parar” (HOBBS, 1979, p. 129). Hobbes era comprometido com a filosofia mecânica do século XVII e, em especial, com a noção de inércia, como observou Delmo Mattos (2014). Com base nessa compreensão hobbesiana da realidade, Mattos (2014, p. 51 e 52) sustentou uma relação entre a ideia de “conservação do movimento”, típica do princípio da inércia, e a noção de liberdade como ausência de impedimentos e obstáculos.

³⁹⁴ Delmo Mattos (2014, p. 67 e 68) recupera três valiosas citações de Hobbes no *Leviatã*: “(1) O direito natural, a que os autores geralmente denominam *Jus naturale*, é a liberdade que cada um possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a este fim. (...) (2) Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um possui de fazer aquilo que quer fazer, mas não podem obstar a que se use o poder que lhe resta, conforme o que seu juízo e razão lhe ditarem. (...) (3) Liberdade significa, em sentido próprio, ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos ao movimento); e não se aplica menos a criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais”. Dessa forma, Delmo Mattos conclui que existem duas

(2002, p. 200), as “liberdades inofensivas”³⁹⁵. No vasto campo do jusnaturalismo, Rodotá explica que soberania e propriedade são noções muito próximas, que acompanham a relação entre sujeito, corpo e vida: “Sabia-o bem John Locke quando falava de um homem 'patrão de si mesmo e proprietário da própria pessoa, das suas ações e do próprio trabalho'” (RODOTÁ, 2018, p. 145).

O desenvolvimento dos direitos autorais representa um importante marco histórico, registrado em jurisprudência, da modificação de compreensão sobre a temática. A inventividade da pessoa que trabalha, ao começo da modernidade, não pertencia a ela. Diferenciavam-se a relação entre autor e *corpus mechanicum* (livro, estátua, filme etc.), por um lado, e proprietário e coisa, por outro. Surgia, no século XVI e na ascética intramundana do calvinismo, a possibilidade de classificar a obra do autor como *objeto contratual*, concebendo-a como integrante da esfera patrimonial do sujeito (GEDIEL, 2000, p. 34 e 35)³⁹⁶. Tornaram-se o corpo e a “obra”, progressivamente, apreensíveis para a lógica de previsibilidade necessária à circulação de capital, com o aprimoramento da noção de bem jurídico e de “bens da personalidade” (GEDIEL, 2000, p. 37).

Os quatro bens da vida, originalmente previstos no BGB alemão de 1900, aprovado em 1896, realizaram um alargamento da tipificação da tutela da personalidade,

formas de se entender a liberdade, diante de seus impedimentos e obstáculos: quanto aos obstáculos físicos e quanto aos obstáculos legais. Nas palavras de Mattos (2014, p. 73), “(...) o conceito de liberdade pode designar uma ‘liberdade corpórea’ referente a ‘cadeias e prisões’, e por outro lado, refere-se à liberdade como ‘autonomia da ação’, isto é, uma ‘liberdade de obrigações legais’”.

³⁹⁵ Referindo-se às “comodidades dos súditos” a respeito da vida, Hobbes indica quatro categorias: 1. Defesa contra inimigos externos; 2. Preservação da paz; 3. Enriquecimento compatível com a segurança pública e 4, enfim: “Poderem desfrutar de uma liberdade inofensiva. Isso porque os governantes supremos não podem contribuir em nada mais para a felicidade civil do que, preservando-os das guerras externas e civis, capacitá-los a serenamente desfrutar da riqueza que tiverem adquirido por sua própria diligência” (HOBBS, 2002, p. 200).

³⁹⁶ Como explica Darcy Bessone, citado por Gediel (2000, p. 34, grifos no original): “(...) A relação entre o direito do autor e o *corpus mechanicum* não é idêntica à que se passa entre o proprietário e a coisa, em geral. Esta se mantém na esfera de domínio do proprietário, enquanto o *corpus mechanicum* (o livro, a estátua, a tela, o filme etc.) só permanece nessa situação até o momento da publicação. Depois desta, só a obra intelectual se expande, foge a qualquer controle, atravessa as fronteiras, internacionaliza-se. O *corpus mechanicum* não necessitaria de disciplina especial. O direito comum, aplicável à propriedade em geral, ser-lhe-ia suficiente. Já o direito do autor não se satisfaria com tal disciplina, insuficiente e inadequada. Os seus problemas são outros e reclamam técnica peculiar. Não se pode chegar, todavia, à plena compreensão deles, sem uma prévia tomada de posição a respeito da natureza jurídica do direito do autor. A primeira delas, sugerida pela invenção da imprensa no século V, foi a do *privilégio* ou *monopólio*. Todos os direitos se fixavam no soberano, que os conferia aos súditos, sob a forma de privilégio. Coube a Marion servir-se dessa peculiaridade da época para, no século XVI, formular a primeira teoria do direito autoral. Sustentou o advogado francês a existência de tal direito como decorrência de um *contrato* entre o autor e a sociedade, pelo qual esta, na impossibilidade de conferir-lhe, em cada caso, um prêmio pelo serviço que lhe presta, atribui-lhe, como compensação, o *privilégio* de reproduzir a obra de seu engenho”.

como exposto por José Lamartine de Oliveira e Francisco Muniz, para armar com *direitos subjetivos* a liberdade, uma garantia jurídica para responder ao dano que possa ser cometido contra o indivíduo:

(...) O BGB representou alargamento da tipificação da tutela da personalidade. Seu § 823, al. 1, considera obrigado a indenizar o dano quem, dolosa ou culposamente, lesa, de modo contrário ao direito, a vida, a integridade corporal, a saúde e a liberdade. Essa enumeração de quatro bens da vida equiparados a direitos subjetivos para a hipótese de sua lesão, representa, através da inclusão da menação à liberdade, entendida aqui em sentido amplo e não meramente privatístico, expressão de uma preocupação de defesa do homem em face do Estado (OLIVEIRA; MUNIZ, 1980, p. 224).

A distinção entre coisas e bens colaborou para ressaltar um “domínio especial” do sujeito sobre os bens da personalidade, espaço desregulamentado até o começo do século XX. Apenas então conferiu-se ênfase aos direitos personalíssimos, como o vínculo entre os indivíduos e os prolongamentos de sua personalidade. Na definição de Gediel (2000, p. 42): “Esses bens compreendem as emanções físicas, intelectuais e morais, próprias a uma pessoa, e se referem tanto à sua expressão econômica quanto à sua significação social e política, contida na noção de liberdade pública”.

“Atributo da personalidade”, como esclarece de forma precisa B. Edelman (1999), “(...) significa que a personalidade é sujeito e que esse sujeito possui predicados que são apenas sua representação. (...) A análise desse atributo nos levar a considerar que: a pessoa humana é proprietária dela mesma, e assim proprietária de seus atributos” (EDELMAN, 1999, p. 113, *tradução livre*)³⁹⁷.

Uma vez formulada a ideia de direitos da personalidade, a doutrina jurídica passou a delimitar seu conteúdo jurídico material. Pela teoria unitária, postulou-se o reconhecimento de um “direito geral de personalidade”, para superar a visão positivista dos Códigos Civis do século XIX. Como registra Gediel (2000, p. 44), a visão positivista é acolhida pelo Tribunal do Império alemão, em 1902, quando decide que: “O reconhecimento de um direito subjetivo geral da personalidade não encontra espaço no sistema positivo do nosso direito civil”.

O núcleo de proteção de um “direito geral de personalidade” só vem a se consolidar com a afirmação da dignidade humana, após a Segunda Guerra Mundial.

³⁹⁷ Trecho traduzido: “Par ailleurs, la notion même d’attributs de la personnalité est fort instructive. Attribut de la personnalité, cela implique que la personnalité est sujet et que ce sujet possède des prédicats qui ne sont que sa représentation. (...) L’analyse de cet ‘attribut’ peut, semble-t-il, se développer ainsi: la personne humaine est propriétaire d’elle même, et donc de propriétaire de ses attributs” (EDELMAN, 1999, p. 113).

Trata-se de uma revitalização ética do direito privado, por meio da qual os enredos entre direitos da personalidade e direitos fundamentais possuem largas zonas de coincidência, ainda que não se confundam, como elucidou Jorge Miranda (1988)³⁹⁸.

A ampla ligação entre direitos da personalidade e Estado de Direito leva a uma compreensão na base da qual, sem respeito aos direitos da pessoa, tem-se lei, mas não Estado de Direito. José Lamartine de Oliveira e Francisco Muniz (1980, p. 234) defenderam posição segundo a qual, desrespeitados os direitos da personalidade, estar-se-ia diante de um mero “Estado de legalidade”³⁹⁹.

A perspectiva que nomeia criticamente o desrespeito aos direitos de personalidade como um “Estado de legalidade” é compatível com a de Stéfano Rodotà (2018), quando problematiza os desafios à moralidade da autodeterminação e denuncia a ferocidade da política em que “tudo é negociável”, em razão do avanço da tecnologia:

Neste uso instrumental dos valores apreendemos a dramática pobreza de uma política que considera que tudo seja negociável, pronta a sacrificar, por qualquer exigência sua, a vida das pessoas. Com o pretexto de afirmar altíssimos princípios, abre-se a porta para o retorno de uma moral normativa e, sobretudo, se dá uma nova prova daquele abandono da legalidade constitucional que está desagregando não apenas as instituições, mas o tecido social no seu conjunto. (...) A moralidade da autodeterminação é sacrificada às conveniências. E aquele refugiar-se alhures transforma o direito de todos em privilégio de poucos que têm os recursos necessários para fazer valer as próprias decisões. A plenitude da cidadania é negada, em seu lugar encontramos o ressurgimento da cidadania censitária. Terás tantos direitos quantos são os recursos que podes empregar para obtê-los no mercado do mundo, buscando-os eventualmente através da internet. E justamente aqui, no coração do mundo novo da tecnologia, encontramos uma ambiguidade e um risco, mas também uma chave para entender melhor quais devem ser as relações entre autodeterminação e responsabilidades públicas (RODOTÁ, 2018, p. 148 e 149).

³⁹⁸ “(...) com algum exagero, de certo chegamos a escrever: os direitos fundamentais são direitos da personalidade no Direito Público, os direitos de personalidade os direitos fundamentais no Direito Privado” (MIRANDA, 1988, p. 34 e 35). No Brasil, constitucionalmente contemplam-se os direitos da personalidade mediante uma cláusula geral de proteção (CRFB/1988, art. 1º) e um rol explícito de direitos (CRFB/1988, art. 5º), como perspectivou Gediel (2000, p. 50).

³⁹⁹ “O positivismo, que esvazia a noção de pessoa, e esvazia a noção de Direito, esvazia a noção de Estado de Direito. O Estado de Direito, visto pelo ângulo meramente formalista do positivismo jurídico, nada mais é que mero **Estado de legalidade**. Existe a preocupação de delimitar os órgãos competentes para a promulgação das leis, sua elaboração, sua aplicação. Existe, em tese, o controle da legalidade dos atos administrativos pelos tribunais. Mas os direitos individuais são apenas aqueles **concedidos** pelo Estado. O Direito tem por fonte o Estado. E se o Estado negar os direitos do homem, estes não mais existirão nem nada haverá a fazer senão acatar a lei” (OLIVEIRA; MUNIZ, 1980, p. 234, grifos dos autores).

Atualizaram-se, portanto, os direitos da personalidade, por meio de suas tensões, nos séculos XIX e XX⁴⁰⁰. Um novo desafio é lançado a eles por meio da relação entre liberdade e tecnologia. Referindo-se à entrega da pessoa à “sociedade do algoritmo”, reflete Rodotà: “Ciência e tecnologia não abrem somente espaços de liberdade, podendo assim liberar restrições naturais e culturais. Dão início também a processos de expropriação, de redução dramática da liberdade de escolha (...)” (RODOTÁ, 2018, p. 152).

Verifica-se que as novas tensões no campo dos direitos da personalidade desafiam a necessidade de uma matriz cuja reflexão não se esgota no Direito Civil ou em técnicas de interpretação constitucional. No campo do Direito do Trabalho e de suas liberdades públicas, *em expansão*, um novo conjunto de questões teóricas dos direitos da personalidade exige enfrentar os problemas contemporâneos do capitalismo informacional-digital-financeiro, evidenciadas no trabalho informacional e em suas reificações (ANTUNES, 2019; WOLFF, 2009). É preciso conhecer o impacto da tecnologia sobre a noção de bem produzido pela pessoa que trabalha.

Uma primeira observação informa que há uma explícita relação entre toyotismo e organização do processo do trabalho. Diferentemente do fordismo, o trabalhador e a trabalhadora são convocados a opinar na empresa e também à autofiscalização. João Bernardo (2004) destaca declaração do presidente da filial norte-americana da Bridgestone, uma companhia transnacional de sede japonesa, sobre a necessidade de utilizar não apenas “braços e mãos” de trabalhadores, mas seus cérebros⁴⁰¹. Já na década de 1980, observava-se que a média de sugestões anuais, formuladas por empregados japoneses, era de 61,6 opiniões, em forte contraste com os

⁴⁰⁰ A problematização de Gediél (2000) confere sintética precisão à temática, pela qual o século XX supera o individualismo e articula política e direitos da personalidade, estes como limite à ação política. Nas suas palavras: “Aos juristas do século XIX coube a tarefa de reinserir o homem com sua dimensão física e psicológica nas categorias jurídicas do Direito Privado, em que ele se apresentava apenas como elemento da relação jurídica. Dos juristas contemporâneos exige-se a revisitação crítica do conceito central de direito subjetivo, ancorado na liberdade do sujeito e na força impositiva do direito estatal. (...) A exacerbação da visão utilitarista e fragmentária do homem reconduziu as discussões jurídicas, após a Segunda Guerra Mundial, ao velho caminho dos direitos inatos e inalienáveis da pessoa humana. Desse sentimento dos juristas resultou a necessidade de redefinir os termos da equação e o próprio fundamento dos direitos subjetivos da personalidade. Apresentou-se como exigência do século XX compreender que a lei nem sempre é a expressão da liberdade, a Ciência a certeza da libertação da condição humana” (GEDIEL, 2000, p. 04 e 05).

⁴⁰¹ “Kazuo Ishikure, presidente da filial norte-americana da Bridgestone, uma companhia transnacional de sede japonesa dedicada ao fabrico de pneus, declarou em 1984: 'Quem conhece melhor as máquinas são aqueles que as fazem funcionar diariamente. Pedimo-lhes que não usem apenas os braços e as mãos, mas também os cérebros'. Antes de mais, os trabalhadores começaram a ser sistematicamente estimulados a dar opiniões e sugestões acerca das técnicas de produção” (BERNARDO, 2004, p. 69).

Estados Unidos e a Europa, onde a média era de 0,6 sugestões anuais (BERNARDO, 2004, p. 64).

O problema se intensifica com o avanço da microeletrônica. Bernardo (2004, p. 71) destaca o recolhimento, armazenamento e seleção contínuas de resultados da inteligência prática, bem como a substituição da memória coletiva de trabalhadoras e trabalhadores, pelo banco de dados. Ganha centralidade o *software*: “O processo que, em termos sociais, consiste no agravamento da exploração através do aproveitamento de algumas das capacidades de gestão dos trabalhadores realiza-se, em termos tecnológicos, pela transferência da sabedoria dos trabalhadores para os bancos de dados das empresas e para o software das novas máquinas” (BERNARDO, 2004, p. 72).

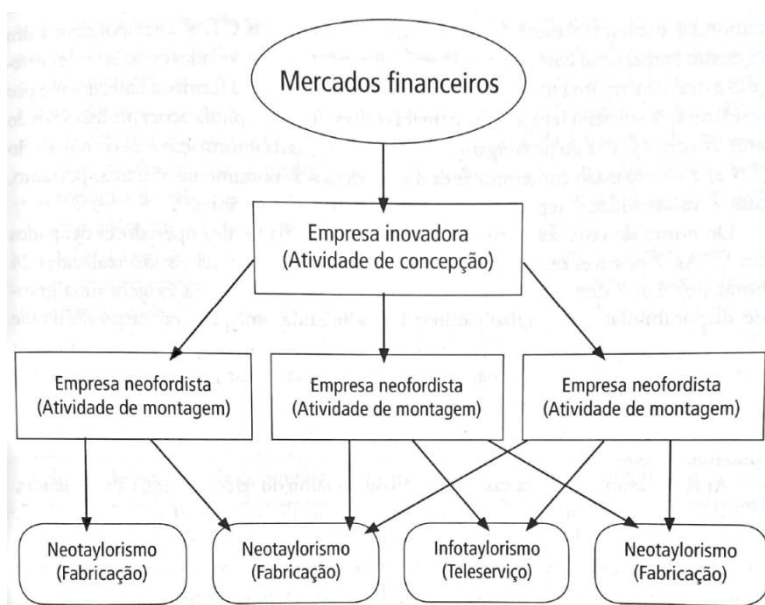
Juan José Castillo (2009) destaca que os bens criados pela indústria de *software* têm uma característica que os distingue de bens ou serviços criados em outros ramos: “Porque uma vez criado, o custo é o mesmo tanto para fazer uma cópia quanto para um milhão. Porque trata-se de um tipo de empresa cujo lucro sobre as vendas pode chegar a 99%. Porque é um negócio que pode passar, de uma hora para outra, da fabricação de produtos à prestação de serviços” (CASTILLO, 2009, p. 22).

Essa mercadorização cria novos bens, como descreve Ursula Huws (2009, p. 46), em um processo que se parece com um “*zoom* num fractal, uma descida em círculos cada vez menores dentro de outros círculos semelhantes, com a aparente inventividade interminável do capital”. Observa-se, no mundo do trabalho, uma crescente “mercadorização das atividades de ‘serviço’ (...). [com a] hospedagem de novas mercadorias, de softwares a drogas controladoras da mente, de sistemas de vigilância eletrônicos a cartões de crédito, de cd-roms a alarmes para bebês” (HUWS, 2009, p. 46).

A desestruturação da empresa fordista privilegiou um modelo de organização do trabalho em que se generalizaram terceirização, compressão de níveis hierárquicos e o objetivo de mobilização permanente da força de trabalho, com estratégias como “cooperação constrangida”, administração por metas, fragmentação da relação salarial, entre outras (BRAGA, 2009, p. 68). Organizou-se a “utopia da empresa neoliberal”, destarte, com base em “três níveis”⁴⁰², como descreve esquema exemplificativo de Thomas Coutrot (1999), em gráfico traduzido por Braga:

⁴⁰² O primeiro nível se refere à empresa “aprendiz” ou “inovadora”; o segundo, à empresa neofordista; o terceiro, à neotaylorista: “(...) pouco hierarquizada, reativa, mobilizada, capaz de gerar e renovar permanentemente sua base de conhecimentos pela utilização intensiva de tecnologias informacionais; b) a organização de *segundo nível* representada pela empresa neofordista contando com engenheiros, técnicos comerciais, operários qualificados etc., devendo demonstrar suas capacidades de iniciativa, sua

Figura 8 - Empresa neoliberal em rede: um exemplo.



Fonte: BRAGA, 2009, p. 69.

A rede de subcontratações que surge da transformação da empresa flexível realiza uma sensível imbricação entre ciência e trabalho, materialidade e imaterialidade, passando a desafiar temas como a localização da trabalhadora e do trabalhador de serviços em relação à produção. Como descreve Antunes (2019), “(...) a transformação mais notável da empresa flexível *não foi a conversão da ciência em principal força produtiva* (Habermas, 1975), mas, sim, *a imbricação progressiva entre trabalho e ciência, imaterialidade e materialidade, trabalho produtivo e improdutivo* (...)” (ANTUNES, 2019, p. 18).

Na interpretação de Braga (2009), as trabalhadoras e os trabalhadores tayloristas, na divisão da empresa neoliberal acima exemplificada, tornam-se uma espécie de “autômato inquieto”, por lhes ser destinado “um tipo de liberdade que se encontra circunscrita à invenção de subterfúgios objetivando escapar ao controle informático ou negociar, quando possível, restritas margens de autonomia” (BRAGA, 2009, p. 71). O maior objetivo da empresa seria, justamente, “*aprisionar a força*

disponibilidade, sua polivalência, quer para pleitear uma promoção, quer para evitar ser demitido; e finalmente, c) a organização de *terceiro nível*, neotaylorista e terceirizada, produzindo componentes de bens ou serviços (...) para as empresas de segundo nível[, conforme Thomas Coutrot:]; ‘O trabalho é repetitivo, as tarefas são simplificadas e controladas minuto a minuto conforme a tradição taylorista, com um controle realizado por meio dos sistemas informáticos e cada vez mais intenso das atividades’” (BRAGA, 2009, p. 68).

espiritual do trabalho – e seus conhecimentos práticos” (BRAGA, 2009, p. 72, grifos do autor).

Esta força espiritual, com efeito, revela-se na expropriação do saber do trabalhador, na separação entre trabalho e conhecimento, fazer e saber, concepção e execução (WOLFF, 2009, p. 95). Simone Wolff (2009) relata e matiza três diferentes movimentos de abstração da atividade do trabalhador, como sua “redução” à condição de coisa: o primeiro, relacionado ao surgimento do trabalho abstrato⁴⁰³; o segundo, à introdução da maquinaria⁴⁰⁴; o terceiro, enfim, com a automação flexível⁴⁰⁵ (WOLFF, 2009, p. 93–99).

A autora identifica a informática como o principal fator da revolução organizacional realizada, com base na inteligência artificial. Modifica-se, mesmo, a noção de reificação: “a reificação do trabalhador deixa de ser expressa pelo intento de convertê-lo em ‘homem-máquina’, tal como no taylorismo-fordismo, e se configura como uma tentativa de se *humanizar a máquina*” (WOLFF, 2009, p. 102). Entra em cena a inteligência artificial, uma criação do trabalhador, que deve alimentar os algoritmos constantemente com dados.

A exploração do componente intelectual do trabalho é concomitante ao crescimento do setor de serviços e é indissociável da reestruturação produtiva, como destaca Bernardo (2004, p. 88). O autor destaca a relação entre indústria e serviços, sem a qual se torna incompreensível, insuficiente ou enganador observar o decréscimo quantitativo de pessoas que trabalham na indústria e o aumento do número de trabalhadores dos serviços.

Desenvolve-se, nessa perspectiva, um movimento de reindustrialização, e não de desindustrialização: “nos estabelecimentos fabris mais modernos uma percentagem

⁴⁰³ “(...) [Trabalho abstrato é trabalho] quantificado, determinado pelo tempo de trabalho socialmente necessário à produção e reprodução das mercadorias (...). o trabalho abstrato é trabalho alienado, aquele que reifica, ou seja, aquele que, seguindo a lógica da produção capitalista, abstrai (aliena) as qualidades do trabalho vivo para proceder sua transformação em mercadoria (coisa)” (WOLFF, 2009, p. 93).

⁴⁰⁴ “Esse controle advém tanto da padronização e da prevalência sem precedentes do trabalho abstrato por ela permitida, como da consequente inversão/reificação/simplificação que o sistema de máquinas realiza no processo de trabalho. (...) Revela-se, assim, a reificação do trabalhador igualmente como um fenômeno estreitamente relacionado à expropriação do seu saber, e que encontra no emprego da maquinaria na produção sua expressão mais acabada” (WOLFF, 2009, p. 95).

⁴⁰⁵ “(...) com a procedência da automação flexível, estaríamos presenciando um terceiro movimento de abstração e, por suposto, um novo tipo de alienação e reificação do trabalho vivo. Como se viu, a automação flexível, de base microeletrônica, diferencia-se da rígida por admitir que as informações sobre o processo produtivo sejam modificadas sem que se altere sua base material. Daí ser o tipo de automação mais apropriado para o contexto de mercado mundializado e diversificado que marca o capitalismo contemporâneo” (WOLFF, 2009, p. 99).

muito significativa da força de trabalho, que em certos casos chega a bastante mais de metade, não se dedica a fabricar objectos, mas a processar a informação necessária para esse fabrico, e apesar disto as estatísticas incluem-nos a todos no sector industrial” (BERNARDO, 2004, p. 87).

É útil recuperar que um balanço da produção bibliográfica sobre reestruturação produtiva no Brasil, elaborado por Paulo Sérgio Tumolo (2001), informa que sua marca distintiva é a “heterogeneidade generalizada”, nos processos que ocorriam entre as empresas e no seu interior, dificultando-se comparações e conexões. Quase todas as pesquisas, ainda assim, apontaram a “intensificação do ritmo de trabalho e da diminuição dos postos de trabalho e, ao mesmo tempo, um empenho das empresas no sentido de afastar e neutralizar a ação sindical” (TUMOLO, 2001, p. 73).

Na década de 1990, houve um “surpreendente dinamismo”, com foco nas tecnologias de gestão: “o que se observa é a acelerada adoção de tecnologias de gestão. De forma criativa, o empresariado tem adaptado as diferentes estratégias de organização, compondo um heterogêneo, caótico, porém efetivo ‘paradigma de flexibilização’” (TUMOLO, 2001, p. 76). O autor, embora reconheça este dinamismo, rejeita a generalização de que houve um crescimento “caótico”.

Pelo contrário, pode-se verificar uma ordem crescente, ainda que em um regime transformado pelas metamorfoses do regime de acumulação, com as contradições do padrão de acumulação capitalista inaugurado pelo processo recessivo de 1973. Este padrão se caracteriza, em especial, pela intensificação da exploração da força de trabalho, mas não pela desordem: “Trata-se, por conseguinte, da *ordem do trabalho* subordinada à *ordem do capital* e não da *desordem do trabalho* como vêm defendendo vários autores” (TUMOLO, 2001, p. 81).

A nova ordem do trabalho se depara com uma nova mercadoria: o saber tácito do trabalhador e da trabalhadora. O trabalho “pode ser mais fácil e produtivo” mediante a utilização de *softwares*, o que incide diretamente na capacidade competitiva da empresa (WOLFF, 2009, p. 103). O desafio das empresas consideradas de ponta, que buscam ser fortes na competição capitalista, envolve transformar conhecimento em dado “que, dessa forma, converte-se em matéria-prima (softwares) e passa a fazer parte do processo de valorização do capital” (WOLFF, 2009, p. 103).

Chega-se, assim, ao que Freyssenet (1989) considera, conforme Wolff (2009), um quarto estágio da divisão capitalista do trabalho, caracterizado pela *codificação* do saber-fazer operário. Na definição de Wolff, referindo-se à codificação, ela é útil para

compreender o trabalho informacional, por lidar com incertezas. O apoio dos dados ajudaria a definir o que é “trabalho redundante” (WOLFF, 2009, p. 103). Castillo (2009) pontua que, na indústria de bens imateriais, tem-se estimulado “(...) a codificação dos saberes tácitos e a sua mercantilização (...)” (CASTILLO, 2009, p. 17).

Uma interessante dimensão do problema pode ser observada a partir da compreensão do direito à falsa resposta, compreendido como exercício de legítima defesa de uma personalidade sitiada e constantemente violada⁴⁰⁶. Se até mesmo a falsa resposta, considerada um saber tácito, for expropriada do trabalhador, o que lhe restará para exercer liberdade e, ainda mais, liberdades contratuais?

A reificação do conhecimento e do saber tácito chega ao limite da dignidade e desafia as fronteiras da técnica. Ao estudar como teorias contemporâneas da administração tratam o tema, Wolff assinala como este tipo de reflexão, que inclui “síntese e conceito”, é considerada de “difícil transferência”, do que conclui: “É a transformação do conhecimento em dados, ou, em outras palavras, é a reificação dos produtos do intelecto humano que vai facultar essa ‘transferência’, leia-se *expropriação*, do saber operário para os computadores” (WOLFF, 2009, p. 104, grifos da autora). Nas expressões cunhadas pela autora, alienam-se a “destreza mental”, a “capacidade cognitiva”, a “criatividade”, por meio de decodificação e codificação. *Expropriam-se*.

Esta ilegalidade expandida extrai, suga, toma do trabalhador e da trabalhadora aspectos de sua personalidade que sequer são negociados explicitamente. A violência deste processo, ao se constituir como norma positivada e legitimada pelo Estado, expressa uma nova mercadorização, útil ao capital, realizada no interior do regime regulamentado de emprego. A crise do contrato de trabalho, assim, não se mede apenas pelas hibridizações que se colocam como alternativa ao regime de emprego, em tipos contratuais híbridos. A liberdade contratual também engendra, no contexto da empresa neoliberal, uma hibridização de conteúdos contratuais.

O conceito de reificação explica que a atividade e o produto da atividade dos trabalhadores os dominam, e não o contrário (LUKÁCS, 2003). Juridicamente, o processo de reificação dos saberes tácitos se realiza no interior do contrato de trabalho, em um movimento pelo qual a personalidade da trabalhadora e do trabalhador é sitiada,

⁴⁰⁶ O tema foi desenvolvido no primeiro capítulo e, aqui, é tomado como exemplo de uma situação na qual trabalhadoras e trabalhadores são obrigados a cumprir ordens que desrespeitam seus direitos de personalidade, o que não exclui a falsa resposta, como legítima defesa da personalidade. Para mais informações, ver Mallet (2009, p. 215).

ao renunciar-se “implicitamente” os saberes tácitos e explicitamente outros direitos, por entidades cuja representação coletiva foi imposta.

O conteúdo de hostilidade das relações contratuais de trabalho, então, deve ser contraposto à compreensão sociológica da comunidade como consenso, recíproca determinação das vontades, como se elas se inclinassem a um mesmo sentido, após expostas pelas pessoas que participam da comunidade. Nessa perspectiva, Franco (1997, p. 24) confere centralidade a componentes cujo sentido é de ruptura e tensão, como *constitutivos* da relação comunitária, no mesmo sentido atribuído à liberdade contratual nesta tese.

Tem-se uma compreensão de natureza e de processualidade das relações sociais, em que a luta é expressão de algo, mais do que um “externo”: “É, antes, no interior do próprio conjunto imediato de relações, ao longo da concretização das condutas, à medida que nelas vai sendo impressa a figura de seus autores, que as tensões se agravam progressivamente até culminarem em luta” (FRANCO, 1997, p. 25). Observando os homens pobres brancos na ordem da escravatura, a autora indica que a violência comunitária tem um contexto em que coabitam a necessidade de ajuda, suplemento, e as oportunidades de conflito, o que leva à radicalização das soluções encontradas (FRANCO, 1997, p. 28).

Uma vez conhecido que a vontade individual não se identifica com a liberdade na relação trabalhista e que a autonomia coletiva é a imposição da integração de estruturas sindicais artificiais e integradas ao Estado pela unicidade e com objetivos conciliatórios, é inevitável questionar-se sobre a razão para não adoção de um caminho alternativo de explicação jurídica dos fenômenos, que não tenha como base apenas seu potencial protetivo. Parece possível postular, em sentido diverso, que as crescentes inversões de sentido atribuídas às liberdades contratuais conformam um estímulo *normativo* à hostilidade e à violência impostas na “hegemonia da fábrica”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ A noção de “hegemonia na fábrica” é de Gramsci e, tal como a recepciona e interpreta Werneck Vianna (1999), confere destaque à necessidade que a dominação possui de combinar coerção e consenso, o que não se realizaria apenas com a colocação do poder, mas necessitaria também de sua reprodução. Como afirma Vianna (1999): “Poder é mais do que manter, é repor. Repor, por sua vez, implica num domínio não-material, mas intelectual e moral, sobre as instituições de socialização que trabalham os valores sociais” (VIANNA, 1999, p. 51). Sobre a contribuição de Gramsci, descreve Werneck: “Organização da produção e organização do sistema de concepção do mundo não estariam mecanicamente separados um do outro. Estão sincrônica e organicamente interligados. Não se trataria de uma relação de cooptação, como se as classes dominantes primeiro articulassem o aparato produtivo e depois atraíssem intelectuais para seu projeto de dominação. O tempo é o mesmo; a emergência de uma classe fundamental implica uma revolução intelectual, que *pour cause* traz consigo a figura física do portador do papel intelectual”

O que cresce, no individual e no coletivo, é um posicionamento do Estado em direção à legitimação da violência das relações sociais no país, quando a legislação se limita a realizar um enquadramento jurídico fragmentado das relações trabalhistas, no sentido estadunidense analisado por Kesselman (2010). Entre outras distinções, o caso brasileiro indica que o Estado, além de enquadrar, também expande as ilegalidades por meio da autonomia coletiva. O conteúdo normativo das obrigações jurídicas contratuais, sua fundamentação e sua forma encontram traços similares a uma noção de hostilidade, no sentido proposto por Maria Sylvia Franco (1997).

De um ponto de vista da expansão de liberdades contratuais antes consideradas ilegais, a noção hostilidade contratual permite que se tente um descortínio mais integrado da relação entre as decisões judiciais emblemáticas em nível nacional, como as do STF antes estudadas, e a corporificação contratual da relação trabalhista, alterada e em vigência, no âmbito das relações intersubjetivas, concretas e reificadas. É dizer: A liberdade contratual, como definida e expandida pelo STF, engendra hostilidades contratuais, no nível das relações contratuais.

Nessa perspectiva e como se delineou ao começo da seção, a violência que é produzida pelo Estado deixa de ser analisada pela sua expressão negativa, como uma ilegalidade destrutiva de um estado de coisas antes existente. Tornada lícita, pode passar a ser observada a partir de sua dimensão positiva, visto que todo contrato encerra um ato de comprometimento do futuro, com disposição do tempo de vida da pessoa que trabalha, no sentido antes exposto (OST, 1999; MARTINS-COSTA, 2018; COUTINHO; ARAÚJO, 2016).

Esta mudança de postura diante do objeto teórico produz efeitos inesperados. A hostilidade contratual é uma violência que já não é externa ao contrato, mas sim um conteúdo contratual, com impacto sobre as obrigações jurídicas, na condição de norma, regular, *constitucional*.

Em atividade no âmbito das relações individuais de trabalho, as hostilidades contratuais configuram determinação e submissão da trabalhadora e do trabalhador durante determinado período do tempo, sobre a vestimenta que deverão usar, o tom de

(VIANNA, 1999, p. 98 e 99). Em especial no caso americano, em distinção ao caso europeu, “(...) a infraestrutura se revestiria de primazia na articulação do projeto hegemônico” (VIANNA, 1999, p. 101).

voz e a verbalidade que deverão expressar e, também, as rebeldias contratuais criativas com as quais poderão se defender em defesa de seus mínimos vitais⁴⁰⁸.

Quando Franco (1997, p. 86), por exemplo, analisa a relação de dominação pessoal entre fazendeiro e sitiante, demonstra documentalmente como os fazendeiros afirmavam que se tratava de uma relação de amizade, com uma “afirmação consciente de ‘igualdade’ e seu fundamento objetivo, nunca será demais insistir no outro termo da síntese, isto é, o princípio de dominação” (FRANCO, 1997, p. 86).

As novas formas de cerceamento da pessoalidade podem ser interpretadas em sentido similar ao da razão neoliberal, como proposto por Brown (2018, p. 36), na valorização de liberdades individuais⁴⁰⁹, sob a lógica da responsabilização (BROWN, 2018, p. 38). Identificam-se traços de uma racionalidade jurídica que dá forma ao econômico, por meio de uma série de inversões do contrato social:

Uma tal formulação da imputabilidade cidadã assinala mais do que o desmantelamento da lógica do Estado de bem-estar ou mesmo do contrato social liberal; na verdade, expressa precisamente sua inversão. No lugar da promessa do contrato social, de que o corpo político protegeria o indivíduo contra os perigos externos e internos que ameaçam sua vida, indivíduos agora podem ser legitimamente sacrificados pelo todo, esse “todo” podendo significar qualquer coisa, a sustentabilidade tanto de uma empresa particular, quanto de uma economia nacional ou pós-nacional. Enquanto pensões são cortadas para balancear orçamentos, enquanto aos trabalhadores são dadas férias forçadas, congelamentos salariais ou cortes em horas e benefícios; enquanto escolas declinam e serviços sociais encolhem e são privatizados, o contrato social clássico é virado do avesso. No lugar de receber segurança ou ser protegido, o cidadão responsabilizado tolera a privação, insegurança e extrema exposição para manter a produtividade, o crescimento, a estabilidade fiscal, as taxas de crédito ou a influência mercantil de uma empresa ou nação (ou, de novo, da nação concebida como empresa).

A ideia de sacrifício está presente em discursos autoritários, em que se sacrificam justamente as liberdades civis, para que seja possível a liberdade coletiva ou da nação. Brown (2018, p. 49), com base nessa percepção, informa que as aproximações possíveis entre elementos do fascismo e “efeitos involuntários da racionalidade neoliberal”, como os que podem ser observados “(...) na valorização do produtivismo e

⁴⁰⁸ Utiliza-se o termo em um sentido de mínima dignidade, com vistas à sobrevivência. Merece registro que a expressão “mínimos vitais” remonta a Antônio Cândido e sua referência à organização socioeconômica do caipira, conforme Franco (1997, p. 28).

⁴⁰⁹ "Mas, para entendermos completamente como um discurso que valoriza extremas liberdades individuais pode resultar, não apenas em novas formas de cerceamento, como também na valorização do sacrifício civil, não militar, precisamos voltar uma última vez ao léxico neoliberal, ou seja, à conjunção entre a delegação e a responsabilização" (BROWN, 2018, p. 36).

do sacrifício por um bem maior, ao qual todos estão comprometidos, mas do qual ninguém deve esperar benefícios pessoais” (BROWN, 2018, p. 49). Ou seja, há uma violência no comando de submissão sem nenhuma promessa de que haverá “recompensa”.

Seu argumento tem como ponto forte a observação de que este cenário de coisas foi interrompido por erupções populares, nos “(...) protestos antiausteridade na Europa, Wall Street e os levantes turcos mais recentes (...). No lugar de uma imagem empresarial da nação ou da Europa, tais protestos lutam para resgatar a imagem da nação como *res publica*, coisa pública, e do povo como um corpo político vivo” (BROWN, 2018, p. 49). Na análise da cientista política estadunidense, há uma relação entre os protestos antiausteridade como uma erupção de uma forte dimensão do público:

Mais do que isso, o Occupy do outono de 2011 foi uma erupção pública de cidadania, até mesmo de uma aspirante soberania popular, amplamente desmantelada pela razão neoliberal. Tais erupções, como aquelas ocorridas no sul da Europa, em 2012, ou na Turquia, Brasil e Bulgária, na primavera de 2013, reapropriaram espaços privados como públicos, ocuparam o que é devido e, acima de tudo, rejeitaram as figuras da cidadania reduzida a capital humano sacrificial e do capitalismo neoliberal como um poder sagrado, provedor da vida. Buscaram reclamar a voz política silenciada por essas figuras (BROWN, 2018, p. 50).

Nessa perspectiva, o neoliberalismo constitui o presente de forma relativamente inédita, “divergindo de autoritarismos, fascismos, despotismos ou tiranias de outras épocas e lugares e diferindo também dos conservadorismos convencionais ou conhecidos” (BROWN, 2019, p. 16). Para a autora, a revolução pretendida pela racionalidade neoliberal visava a “habilitar o mercado e a moral para governar e disciplinar indivíduos, ao mesmo tempo maximizando a liberdade, e assim o fez por meio da demonização do social e da versão democrática da vida política” (BROWN, 2019, p. 21). A ordem criada por esse princípio de liberdade, então, rejeita “(...) *qualquer tipo* de política, planejamento e justiça sociais deliberados e administrados pelo Estado” (BROWN, 2019, p. 21 e 22).

Brown (2019) descreve o resultado do ataque neoliberal ao social como uma “*cultura antidemocrática desde baixo*, ao mesmo em que constrói e legitima *formas antidemocráticas de poder estatal desde cima*” (BROWN, 2019, p. 39, grifos da autora). O desenvolvimento de uma cultura antidemocrática desde baixo, certamente, pode ser relacionado à crescente precarização do trabalho, haja vista a conexão para quem vive do trabalho entre direitos democráticos e segurança material (SUPIOT, 2016).

Por todo o exposto e para retomar as perguntas elaboradas ao começo da subseção, observa-se que a precarização do trabalho se aproxima mais diretamente do corpo e do conhecimento do trabalhador e da trabalhadora, que podem renunciar ou transacionar no contrato de trabalho uma série de saberes, inclusive tácitos, em uma relação de trabalho que é crescentemente *estranhada*.

A expansão das ilegalidades, no âmbito do poder estatal, é acompanhada da crescente hostilização das relações sociais. A centralidade do trabalho informa a precariedade da vida, em especial após a diminuição ou diluição das fronteiras entre tempo de trabalho e tempo de não trabalho. Diversos países do mundo assistem à combinação entre precarização de direitos sociais e rebeliões de massas, desde a crise de 2008. É o que se passa a observar.

b) Vidas precárias e erupções públicas

No mesmo período em que se expressou a intensificação da precarização social do trabalho no país, com ações estatais, observam-se experiências vívidas da classe trabalhadora, na forma de revoltas e erupções públicas, como demonstração da insuficiência da autonomia coletiva, pensada pela social-democracia europeia, para compreender as lutas sociais do trabalho no país. Entre esses experimentos vívidos, ainda com efeitos sobre a situação política do país e com relações entre o contexto global e nacional (BRAGA, 2017, p. 28), merece especial atenção o momento inaugurado com as Jornadas de Junho de 2013 no país.

Destacadas a formação social-democrata da noção de autonomia coletiva e a construção do corporativismo sindical brasileiro, observa-se nesta subseção o descontentamento de trabalhadores e trabalhadoras com as vias negociais, institucionais, nos marcos do compromisso, do sindicalismo social-democrata. Tem-se uma tensão que se desenvolve em nível global, pela qual as lutas sociais não apenas acontecem sem as entidades sindicais, mas até mesmo contra elas. Esta subseção relaciona a crise do sindicalismo negocial à precarização da vida e, sob essas lentes, analisa as Rebeliões de Junho como expressão de erupção pública de revolta contra a precariedade da vida.

Uma interessante noção de vidas precárias é desenvolvida em *O governo dos precários*, por Isabell Lorey, inspirado em eventos como EuroMayDay e Occupy. A autora relaciona precariedade da vida e mobilização social: “(...) Sob a égide do

neoliberalismo, estaríamos frente a um novo dispositivo do poder: um governo que produz a insegurança como preocupação central do sujeito” (LOREY, 2016, p. 08).

Judith Butler argumenta sobre a indução de sujeitos à segurança, no prefácio ao livro de Lorey: “De fato, Isabell Lorey nos convida a pensar alternativas à aceitação do medo e da insegurança como base de uma mobilização política, alternativas à aceitação de estados intencionalmente induzidos, dos quais aspiramos, a todo preço, por segurança” (BUTLER, 2016, p. 11)⁴¹⁰. Esta relação entre insegurança social, precarização da vida e possibilidade de mobilização política também foi destacada por Ruy Braga, em trecho já citado, quando problematiza a condição de precariedade como “(...) permanente trânsito entre a possibilidade de exclusão socioeconômica e o aprofundamento da exploração econômica (...)” (BRAGA, 2012, p. 16).

No âmbito das relações coletivas de trabalho, a hostilidade contratual concretiza a violência como imposição de uma liberdade coletiva artificial e, portanto, realiza uma espécie de sequestro de horizontes de expectativas. Isso porque não permite a invenção do coletivo como garantia de reposição ou reequilíbrio da liberdade, já ausente na submissão da vontade individual.

Supiot (2016) sugere que as liberdades coletivas são elementos de equilíbrio mínimo na relação capital-trabalho, como normas de ordem pública. Ao mesmo tempo em que o Estado edita arbitrariamente leis e decisões judiciais como formas de retirar direitos, observa-se que ele também expande sua força, por meio da criação, determinação e distorção do papel de corporações sindicais, entendidas como “mediações” entre Estado e sociedade, no sentido de corporações construído por Oliveira Vianna. São as “cooptações para baixo”, descritas por Malta e León (2017; 2020).

O modelo do sindicato único, como modalidade institucional integrada à ordem, não foi alterado pelas decisões judiciais recentes e manteve seu esqueleto no exclusivismo da unicidade sindical, que impede a liberdade de associação e impõe a associação forçada como “representação”. Este sindicato-representante passa a ter legitimidade para *negociar ilegalidades do trabalho*. O poder de obrigar do Estado, como pensado por Oliveira Viana, estende-se aos sindicatos e, portanto, *multiplicam-se os agentes* das ilegalidades constitucionais do trabalho.

⁴¹⁰ Os trechos citados foram traduzidos diretamente do alemão por Nicolas Wasser, em 2016, e publicados na Revista Sociologias, conforme citação completa nas referências da tese. O livro, originalmente, é de 2012.

Viu-se que esta ilegalidade, expandida por meio da contrarreforma trabalhista com o enfraquecimento do sistema de custeio sindical (CLT, arts. 545 e 578), atribuiu um novo papel às entidades de representação. Desenvolvendo um pouco mais o argumento, elas são portadoras de um novo desenho institucional do princípio constitucional da autonomia coletiva (BRASIL, 2015a). Este *design* da autonomia coletiva se renova em direção à possibilidade de negociar direitos de trabalhadores, ou seja, celebrar contratos que retiram direitos de seus representados, como forma de manter algum tipo de sistema de custeio, ainda que significativamente menor, por meio de uma contribuição negocial, por exemplo (TST, OJ-SDC-17⁴¹¹).

A perversão que se observa a partir de uma análise sistemática dessas formas jurídicas não permite que elas sejam descritas como compactas, sem fissuras. Na problematização de Gluckman, conforme descrito por Franco (1997), conflitos e rebeliões não constituem violações das normas, “mas [são] as próprias normas (...)”. No caso aqui considerado é preciso acrescentar, porém, que as normas com conteúdos de ruptura, precisamente porque se inscrevem no padrão de equilíbrio do sistema, inserem nele uma força permanente de negação” (FRANCO, 1997, p. 63). Como já se desenvolveu, a ilegalidade do trabalho é a negação da norma padrão. A hostilidade contratual é a negação da negação, em forma de norma ou síntese, como força permanente contra o sistema, inserida nele.

Soluções violentas e autoritárias são peças recorrentes da democracia restrita brasileira, em especial nas crises (MALTA; LÉON, 2017). Essa característica conduz à gênese da ordem de ilegalidades constitucional, e não às suas exceções, como se pôde observar na análise de Florestan Fernandes (2014a; 2014b; 2014c; 2014d; 2014e) sobre o Congresso Constituinte. A Constituição renova a democracia de cooptação brasileira em uma edição liberal (FERNANDES, 2011; MALTA; LÉON, 2017), em movimento que parece se desenvolver rumo à exacerbação de conflitos sociais. Destaca-se uma ausência de “flexibilidade” para negociações em nações capitalistas pobres – o que

⁴¹¹ A jurisprudência dominante no TST permite a instituição de modalidade contributiva denominada contribuição assistencial, por meio de acordo ou convenção coletiva. Os efeitos do desconto em folha são limitados aos associados do sindicato, ou seja, veda-se sua extensão a toda a categoria, inclusive os não-sócios, como ocorria com a contribuição sindical, tornada facultativa. O enunciado da OJ-SDC-17 fixa a seguinte tese: “As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados”

limita a estratégia conciliatória, pelo escasso excedente disponível para compra de alianças ou lealdades, como descrito pro Florestan:

Acresce que a democracia de cooptação possui pouca eficácia e pouca "flexibilidade" em nações capitalistas pobres onde a extrema concentração da riqueza e do poder deixa um escasso excedente para dividir na compra de alianças ou de lealdades. Por isso, ela concorre para exacerbar as contradições intrínsecas ao regime de classes, levando-as a pontos explosivos de efervescência, que mais debilitam que fortalecem o Estado autocrático, compelido a funcionar sob extrema tensão permanente e autodestrutiva, de insuperável paz armada (FERNANDES, 2005, p. 424).

Exacerbam-se contradições intrínsecas do regime de classes. Pontos explosivos de efervescência derivam dessa exacerbação. O Estado está em tensão permanente, como caracterizava Florestan. Desenha-se o que Ruy Braga (2017) denominou o “pesadelo de Polanyi”⁴¹². Ao invés de se ter uma sociedade não mercantilizada e a classe trabalhadora como contramovimento de resistência à mercantilização, vivem-se os “apuros” do movimento sindical fordista: “Ao fim e ao cabo, tanto os sindicatos quanto os partidos trabalhistas foram severamente enfraquecidos pelas mudanças econômicas e políticas das últimas quatro décadas” (BRAGA, 2017, p. 26).

Como destaca o autor, “a crise do fordismo, nos anos 1970, e a consolidação da hegemonia neoliberal, a partir dos anos 1980, não apenas subverteram as formas sociais de regulação do mercado analisadas por Polanyi, como inauguraram uma nova onda de mercantilização” (BRAGA, 2017, p. 25). Nessa nova mercantilização, conviveriam o crescimento de insegurança social, o aprofundamento de inquietação social e o enfraquecimento dos sindicatos e dos partidos políticos.

A crise estrutural, endêmica, cumulativa do capital tem expressão na crise dos sindicatos e é frequente e equivocadamente caracterizada como crise do fordismo, em terminologia imprecisa, como critica Antunes (2009, p. 30). O enfraquecimento dos sindicatos se caracteriza, na verdade, como expressão da crise estrutural do capital, que

⁴¹² Um destaque às principais contribuições de Polanyi encontra-se em Ruy Braga (2017, p. 24 e 25), “Contra as teorias liberais, Polanyi empreendeu uma leitura da história ocidental segundo a qual, desde o século XIX, o capitalismo industrial teria presenciado inúmeras tentativas por parte da sociedade de proteger-se do cataclismo causado pelos avanços da mercantilização, por meio do estabelecimento de sindicatos e cooperativas de trabalhadores. (...) A sucessão de crises econômicas e reviravoltas políticas que marcou o entreguerras na Europa, bem como seus resultados em termos de sofrimento humano, demonstraria a natureza essencialmente destrutiva da autorregulação do mercado. Assim chegamos ao cerne da análise polanyana, isto é, o argumento segundo o qual a mercantilização desmesurada destrói a ‘substância da própria sociedade’. (...) [Além disso,] Polanyi localizou a classe trabalhadora no coração do que chamou ‘contramovimento’ de resistência à mercantilização do trabalho, da terra e do dinheiro, estendendo-se do segundo quartel do século XIX até meados do século XX”.

no campo do trabalho se caracteriza pelas seguintes tendências: (a) a crescente individualização das relações de trabalho; (b) a incapacidade dos sindicatos, até então, para enfrentar a crescente desregulamentação do mercado de trabalho; e (c) o esgotamento do sindicalismo de participação, em escala global (ANTUNES, 2011, p. 68 e 69).

Constata-se, como se pode observar na tabela abaixo, um declínio do velho e um novo ainda em “estágio embrionário”, para retomar a frase gramsciana. As taxas de sindicalização apresentam declínio em nível global, como mostra Ruy Braga:

Tabela 8 - Densidade sindical em países selecionados (1960-2013)

País	1960	1970	1980	1990	2000	2010	2013
África do Sul	-	-	-	-	28,3	26,5	16,6
Alemanha	34,7	32,0	34,9	31,2	24,6	18,6	17,7
Brasil	-	-	20,8	26,7	28,3	26,5	16,6
China	-	-	58,6	76,6	62,3	34,7	42,6
Coreia do Sul	-	-	-	-	11,4	9,7	-
Estados Unidos	-	23,5	19,5	15,5	12,9	11,4	10,8
Filipinas	-	-	27,0	29,7	27,1	8,7	8,5
França	19,6	21,7	18,3	10,0	8,0	7,9	7,7
Índia	-	-	-	-	13,8	10,2	9,8
Itália	24,7	37,0	49,6	38,8	34,8	36,0	36,9
Japão	32,9	35,1	31,1	25,4	21,5	18,4	17,8
Malásia	-	-	-	16,5	10,7	9,1	9,4
México	-	-	-	-	15,6	14,4	13,6
Reino Unido	40,4	44,8	51,7	39,7	30,1	27,1	25,4
Rússia	-	100	100	72,0	55,6	30,7	27,8
Turquia	10,8	25,9	42,1	24,0	12,4	7,0	6,5

Fonte: BRAGA, 2017 p. 27.

Para o sociólogo, este declínio da representação associa alguns elementos como o crescimento da informalidade, a intensificação da rotatividade e o estímulo à intermitência do trabalho. A reterritorialização e investimento na semiperiferia foi marcante nas últimas décadas, com acento para os denominados “greenfields”: “regiões com pouca ou nenhuma tradição organizativa sindical. Assim, as negociações coletivas foram se tornando cada vez mais descentralizadas, e os contratos de trabalho, cada vez mais precários e individualizados” (BRAGA, 2017, p. 27).

Apesar deste interesse das empresas neoliberais no enfraquecimento dos sindicatos, viu-se como a precarização da vida conduz a relações sociais de hostilidade, que engendram revoltas sociais e erupções públicas. As crises de regulação oriundas das políticas de espoliação do Estado neoliberal podem impulsionar “revoltas mais ou menos abertas contra a combinação dos modos de mercantilização do trabalho, da terra e do dinheiro promovida pelo neoliberalismo” (BRAGA, 2017, p. 221)⁴¹³.

Adota-se a compreensão de que as lutas sociais da década de 1970 “(...) exprimiam descontentamento em relação ao caminho social-democrata do movimento operário, predominante nos organismos de representação do (ou sobre o) mundo do trabalho” (ANTUNES, 2009, p. 44). Um dos problemas do caminho social-democrata para o movimento operário é identificado na segmentação de gênero, raça e sexualidade da classe trabalhadora ligada a esses sindicatos (HARVEY, 2017)⁴¹⁴.

O descontentamento de setores discriminados da classe trabalhadora com o fordismo pôde ser observado no que Harvey (2017) denominou, em *Condição Pós-Moderna*, como a reformulação do mercado de trabalho “dual” realizada pela acumulação flexível. O autor destaca que o fordismo estruturou uma classe trabalhadora “dual” ou “segmentada”, dividida entre trabalhadores protegidos pelos sindicatos, sobretudo homens brancos, e as excluídas e excluídos do mercado protegido.

Harvey destaca que o enfraquecimento dos sindicatos reduziu o poder dos trabalhadores homens brancos, mas que isso não significou uma paridade destes em relação aos setores discriminados da classe. Em outro sentido, tal enfraquecimento foi acompanhado do reacentuamento da vulnerabilidade de setores discriminados da classe trabalhadora⁴¹⁵. Como destaca Antunes (2009, p. 107), “(...) frequentemente os

⁴¹³ Ruy Braga desenvolve esse raciocínio para sugerir, em grau de hipótese e como fio condutor das pesquisas pelas quais relaciona os movimentos do Brasil, da África do Sul e de Portugal, que “a resistência às políticas de espoliação, isto é, os diferentes movimentos insurgentes em escala nacional que se multiplicaram pelo Sul Global após 2008, se apoia, principalmente, nos setores precários das classes trabalhadoras nacionais” (BRAGA, 2017, p. 221).

⁴¹⁴ A título exemplificativo, apresentam-se dados da OIT, sistematizados por Mattos (2019) sobre a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, o impacto desigual da crise sobre as mulheres trabalhadoras e a divisão da precariedade do trabalho em escala global: “O percentual de mulheres na força de trabalho esteve sempre ao redor dos 40%, ao longo do período de 1990 (quando eram 39,54% do total) a 2016 (39,38%) (...). As mulheres (cerca de 40% da força de trabalho) foram as mais atingidas pela crise, respondendo por cerca de 73% do déficit de empregos. Também revelador é o dado de que cerca de 50% do emprego no mundo é assalariado, mas, em regiões como a África subsaariana e o Sul Asiático, esse percentual cai a 20%” (MATTOS, 2019, p. 74 e 75).

⁴¹⁵ “(...) isso não mudou de maneira radical os problemas, surgidos nos anos 60, dos mercados de trabalho ‘duais’ ou segmentados, mas o reformulou segundo uma lógica bem diferente. Embora seja verdade que a queda da importância do poder sindical reduziu o singular poder dos trabalhadores brancos nos mercados do setor monopolista, não é verdade que os excluídos desses mercados de trabalho – negros, mulheres, minorias étnicas de todo tipo – tenham adquirido uma subida paridade (exceto no sentido de

sindicatos excluem do seu espaço as mulheres trabalhadoras, além de mostrarem-se incapazes também de incluir os trabalhadores terceirizados e precarizados. Ocorre que a classe trabalhadora moderna é crescentemente composta por esses segmentos diferenciados (...).”

O segundo descontentamento dos trabalhadores e das trabalhadoras, com o caminho social-democrata oferecido ao movimento operário, é relacionado à via negocial e institucional de sua estratégia de poder e luta social: “Por outro lado, ao adotarem a via negocial e institucional, contratualista, dentro dos marcos do ‘compromisso’, esses organismos mostravam-se incapazes de incorporar efetivamente o movimento das bases sociais de trabalhadores” (ANTUNES, 2009, p. 44 e 45).

Apesar de os movimentos de revolta serem apoiados nos setores precários das classes trabalhadoras, não há contradição entre os interesses dos trabalhadores organizados e de segmentos diferenciados da classe. Pelo contrário, como entende Braga (2017, p. 221 e 222): “será por meio da pressão dos jovens trabalhadores precários que o sindicalismo encontrará recursos para superar sua crise. Concomitantemente, sustentamos que a reinvenção democrática do movimento sindical fortalecerá a mobilização do precariado”.

O descontentamento, que se expressa em “erupções vulcânicas” desde a crise de 2008, tem suas causas identificadas por Harvey (2016) na fúria popular com a incapacidade do capital de cumprir suas promessas de emprego para todos, com um Estado capitalista cada vez mais autocrático e com a submissão a regras e códigos desumanos, estipulados pelo capital⁴¹⁶. Na interpretação do autor, o avançar das contradições da acumulação flexível é também a explosão, o contágio, a pressão crescente do “crescimento necessário” do capital financeiro⁴¹⁷.

que muitos operários homens e brancos tradicionalmente privilegiados foram marginalizados, unindo-se aos excluídos). Mesmo que algumas mulheres e algumas minorias tenham tido acesso a posições mais privilegiadas, as novas condições do mercado de trabalho de maneira geral reacentuaram a vulnerabilidade dos grupos desprivilegiados” (HARVEY, 2017, p. 145).

⁴¹⁶ “Erupções vulcânicas pontuais, geradas pela fúria popular (como vimos em Londres em 2011, Estocolmo em 2013, Istambul em 2013, em dezenas de cidades brasileiras em 2013 etc.) já estão bastante em evidência. O descontentamento, deve-se notar, não visa unicamente a incapacidade técnica do capital de cumprir a promessa de um paraíso de emprego e consumo para todos, mas contesta cada vez mais as consequências degradantes para todos que têm de se submeter a regras e códigos sociais desumanos ditados pelo capital e por um Estado capitalista cada vez mais autocrático” (HARVEY, 2016, p. 243).

⁴¹⁷ “As contradições, longe de conter os excessos umas das outras, como aconteceu algumas vezes no passado, serão muito mais propensas a explodir e contagiar umas às outras sob a pressão crescente de um crescimento exponencial necessário. Os valores de uso estarão fadados a ser uma consideração cada vez mais trivial num cenário de explosão de considerações sobre o valor de troca provocada pelas febres especulativas” (HARVEY, 2016, p. 244).

Na análise sobre processos globais de mobilização social, muitos estudos colocam em relevo a indignação contra a corrupção sistêmica, como uma certa “raiva cívica” sobre como o poder do Estado é exercido⁴¹⁸, e pela precariedade das condições de vida impostas pelas políticas de austeridade, como descrevem Carothers e Youngs (2015). No entanto, os autores destacam a heterogeneidade das manifestações, no interior da qual identificaram, como similaridades, a espontaneidade dos movimentos, a alimentação deles pelas novas tecnologias de comunicação, bem como a rejeição às elites e às estruturas de poder estabelecidas.

Desde a crise financeira que se transformou em crise da zona do euro, inaugurou-se um período de greves de massas sem precedentes na Europa, em manifestações de contrariedade às agendas de austeridade impostas pelos governos. Em muitos casos, são greves simbólicas, limitadas a um ou dois dias: “As greves são direcionadas contra as agendas de austeridade impostas pelos governos, que envolvem cortes de aposentadorias, contenção do estado de bem-estar social, demissões no setor público e restrições de direitos de negociação social e coletiva” (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 306, *tradução livre*)⁴¹⁹.

Apenas em 2015, mais de 60 países tiveram revoltas importantes e de larga escala, que desafiaram políticas ou estruturas fundamentais de poder, em Estados como Armênia, Azerbaijão, Bósnia, Brasil, Burundi, República Democrática do Congo, Guatemala, Iraque, Japão, Líbano, Macedônia, Malásia, Moldávia e Venezuela. Em alguns deles, como na China, foram centenas de milhares de manifestações de descontentamento: “Na China, por exemplo, cerca de 180.000 eventos de protesto ocorreram somente em 2010. É claro que muitos deles foram pequenos eventos focados

⁴¹⁸ “A atenção a esse assunto se tornou uma maneira de falar sobre a arrogância do poder em geral, com cidadãos irritados invocando o rótulo de corrupção para descrever várias coisas que os enfurecem sobre os detentores do poder - a maneira como eles tendem a agir impunemente, abusar dos direitos dos cidadãos, utilizar inadequadamente o poder do Estado, tratar os cidadãos com desrespeito, centralizar o poder e muito mais. Nesse sentido mais amplo, a ênfase à corrupção nos protestos em muitas partes do mundo reflete um padrão geral de raiva cívica sobre como o poder do Estado é exercido” (CAROTHERS; YOUNGS, 2015, p. 08, *tradução livre*). Trecho traduzido: “Attention on this issue has become a way of talking about the arrogance of power generally, with angry citizens invoking the corruption label to describe any number of things that infuriate them about power holders—the way they tend to act with impunity, abuse citizens’ rights, misuse state power, treat citizens with disrespect, centralize power, and much more. In this broader sense, the emphasis on corruption in protests in many parts of the world reflects a general pattern of civic anger about how state power is exercised” (CAROTHERS; YOUNGS, 2015, p. 08).

⁴¹⁹ Trecho traduzido: “The strikes are directed against the austerity agendas imposed by governments, which involve pension cuts, welfare state retrenchment, layoffs in the public sector and restrictions of social and collective bargaining rights” (NOWAK, GALLAS, 2014).

em questões em um nível micro, como um prefeito corrupto ou uma decisão injusta de um conselho da vila” (CAROTHERS; YOUNGS, 2015, p. 05, *tradução livre*)⁴²⁰.

A ação dos sindicatos nas greves europeias, desde então, tem combinado um simbolismo radical, que se expressa na palavra de ordem da “greve geral”, e uma “forma moderada de ruptura”, com a greve de um dia, que exigiria menor sacrifício dos trabalhadores e teria uma adesão de massas maior, na interpretação de Jörg Nowak e Alexander Gallas (2014). Uma descrição das “erupções vulcânicas” é apresentada pelos autores alemães:

A onda de greves após 2008 começou com greves gerais na Itália e na França e ganhou impulso em 2010. Enquanto o número de cinco greves gerais em 2009 já era uma exceção para a Europa Ocidental, no ano de 2010 houve 14 greves gerais em cinco países, seguidas por 11 greves em 2011 em três países e 10 em 2012, novamente em cinco países diferentes. A greve de massa no Reino Unido em novembro de 2011 não está incluída nesta contagem, porque foi focada no setor público, mas deve ser vista no mesmo contexto e compartilha muitas características com as greves gerais. Em 2013, houve cinco greves gerais na Europa Ocidental; em 2014, houve apenas uma greve até agora (na Grécia). No entanto, ainda existem protestos significativos contra a austeridade na Europa. De fato, as lutas populares contra a crise se intensificaram novamente na Espanha e em Portugal, e novos protestos sindicais surgiram na França (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 307 e 308, *tradução livre*)⁴²¹.

Em uma observação comparativa, as greves ocorridas após a crise de 2008 ultrapassam, em quantidade, as greves da década de 1980 na Europa Ocidental⁴²².

⁴²⁰ Trecho traduzido: "In China, for example, some 180,000 protest events occurred in 2010 alone. Of course, many of these were small events focused on microlevel issues such as a corrupt mayor or an unfair ruling by a village council" (CAROTHERS; YOUNGS, 2015, p. 05).

⁴²¹ Trecho traduzido: "The strike wave after 2008 started with general strikes in Italy and France and gained momentum in 2010. While the number of five general strikes in 2009 was already an exception for Western Europe, the year 2010 saw 14 general strikes in five countries, followed by 11 strikes in 2011 in three countries and 10 in 2012, again in five different countries. The mass strike in the UK in November 2011 is not included in this count, because it was focused on the public sector, but it has to be seen in the same context and shares many features with the general strikes. In 2013, there were five general strikes in Western Europe; in 2014, there has just been one strike so far (in Greece). Nevertheless, there are still significant protests against austerity in Europe. In fact, the popular struggles against the crisis have intensified again in Spain and Portugal, and new union protests have erupted in France" (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 307 e 308).

⁴²² "A frequência de greves gerais durante os anos de crise supera qualquer coisa vista após 1980: o número de greves gerais na UE-15 mais a Noruega foi de 18 entre 1980 e 1989, 26 de 1990 a 1999 e 27 entre 2000 e 2009 (Hamann et al. 2013). Em contraste, houve 38 greves gerais no período entre 2010 e maio de 2014 (contagem dos autores). O foco dessa onda de greve está nos cinco países com maior incidência de greves gerais desde 1980, todos severamente afetados pela crise da zona do euro: 19 dessas 38 greves ocorreram na Grécia, seis na Itália, cinco em Portugal, quatro na Espanha e três na França. Na Bélgica, houve uma greve geral em janeiro de 2012, a primeira desde 1984 (ibid.)" (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 308, *tradução livre*). Trecho traduzido: "The frequency of general strikes during the crisis years surpasses anything seen post-1980: the number of general strikes in the EU-15 plus Norway was 18 between 1980 and 1989, 26 from 1990 to 1999 and 27 between 2000 and 2009 (Hamann et al., 2013). In

Observava-se, até então, uma tendência decrescente do montante de trabalhadores e trabalhadoras envolvidas em greves. Conforme os dados da Comissão Europeia, sistematizados pelos autores, em 1970 foram 97 mil grevistas; em 1980, 67 mil; em 1990, 29 mil; nos anos 2000, 21 mil grevistas (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 308).

Os autores desenvolvem uma reflexão sobre a concepção do que sejam greves de massa, a partir de uma leitura luxemburguista⁴²³. O objetivo é analisar as greves realizadas nos países, com base em amplo material empírico. Como conclusão, os autores as classificam como greves políticas, gerais, defensivas e demonstrativas, em uma conjuntura política desfavorável (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 312). Os sindicatos, na sistematização realizada, ficam a meio caminho entre organizar protestos e tentar manter abertas negociações, com maior radicalização na França no ano de 2010, nos atos contra os cortes de aposentadorias, quando os sindicatos realizaram greve de três semanas, com boa aprovação pública e que mobilizou entre 500 mil e um milhão de trabalhadores⁴²⁴.

contrast, there were 38 general strikes in the period between 2010 and May 2014 (own count). The focus of this strike wave is in the five countries with the highest incidence of general strikes since 1980, which are all severely affected by the Eurozone crisis: 19 of these 38 strikes were in Greece, six in Italy, five in Portugal, four in Spain and three in France. In Belgium, there was one general strike in January 2012, the first one since 1984 (ibid.)" (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 308).

⁴²³ As greves de massa não exibem um "padrão unificado" e não podem ser identificadas, antes do desdobramento em luta concreta. Os autores citam Rosa Luxemburgo: "Sua adaptabilidade, sua eficiência, os fatores de sua origem estão mudando constantemente" (LUXEMBURGO *apud* NOWAK; GALLAS, 2014, p. 310, *tradução livre*). Trecho traduzido: "Its adaptability, its efficiency, the factors of its origin are constantly changing" (LUXEMBURGO *apud* NOWAK; GALLAS, 2014, p. 310). As greves de massas perturbam a vida política, afetam o discurso público e provocam respostas maciças de governos ou outros órgãos estatais (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 310). Além disso, outro aspecto central da greve de massas, nessa concepção, é seu caráter mobilizador: "Um segundo aspecto central é o caráter mobilizador das greves em massa para a classe trabalhadora: os trabalhadores experienciam o poder que acompanha a ação coletiva, ganham experiência em lutas políticas e veem a necessidade de organização" (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 310 e 311, *tradução livre*). Trecho traduzido: "A second central aspect is the mobilizing character of mass strikes for the working class: Workers experience the power that goes along with collective action, gain experience in political struggles and see the need for organization" (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 310 e 311).

⁴²⁴ "Na primavera de 2010, o governo francês anunciou cortes de aposentadorias. Como reação, uma greve geral de três semanas contra cortes de pensões eclodiu em outubro de 2010, sendo a principal questão o aumento da idade da aposentadoria de 60 para 62. Mobilizações semelhantes em 1995 e 2006 trouxeram concessões substanciais (Lindvall, 2011). As fortalezas da greve de 2010 foram as refinarias. A greve não teve sucesso, apesar de haver um amplo consenso entre os principais sindicatos por trás da greve e a opinião pública era a favor: de acordo com pesquisas de opinião, 60 a 70% da população a apoiava. Além disso, a participação nas manifestações foi alta - muito maior que em 1968 e comparável a 1995 (1968: 500.000; em 2010, 2,5-3 milhões em várias ocasiões). No entanto, em 2010, o número de trabalhadores em greve foi comparativamente baixo: as estimativas variam entre 500.000 e 1.000.000. Em 1968, nove milhões de trabalhadores estavam em greve e, em 1995, eram consideravelmente mais de um milhão de trabalhadores". (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 313, *tradução livre*). Trecho traduzido: "In spring 2010, the French government announced pension cuts. As a reaction, a three-week general strike against pension cuts erupted in October 2010, the main issue being the increase of the retirement age from 60 to 62. Similar mobilizations in 1995 and 2006 had brought substantial concessions (Lindvall, 2011). The strongholds of the 2010 strike were the refineries. The strike was unsuccessful despite the fact that

Ao observar esses protestos, cabe à análise social tentar realizar suas duas funções, como descritas por Burawoy (2010, p. 75): por um lado, desmistificar a naturalização do “arbitrário social”; por outro lado, “[a ciência social é] destinada a inventar e elaborar alternativas sociais enraizadas nas *experiências vividas* e nos *experimentos vívidos* das classes subalternas” (BURAWOY, 2010, p. 75).

Um balanço do debate público e da ciência social, a partir das erupções públicas, reivindica a necessidade de ultrapassar a perspectiva negocial e de compromisso, na busca por uma reorientação política-estratégica, exigida pela crise (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 318). Os autores indicam que o período se caracteriza pela ausência de concessões dos governos, em resposta aos métodos tradicionais de luta, o que exige uma reorientação estratégica dos movimentos sociais.

No Brasil, as Rebeliões de Junho se caracterizam como um “levante popular que só teve similar – ao menos no que concerne à amplitude, ainda que sob formas bastante diferentes – na campanha pelo *impeachment* de Collor, em 1992, e na campanha pelas eleições diretas, em 1985, ainda sob a ditadura militar” (ANTUNES, 2018, p. 245). Como analisa Ricardo Antunes (2018, p. 249), ao reunir mais de dois milhões de pessoas e ter diversos momentos, as manifestações foram multidiferenciadas, heterogêneas, polissêmicas e até mesmo policlassistas, com causalidade interna que marca suas origens e revelam marco temporal de sua explosão.

Do ponto de vista da origem da indignação dos manifestantes, Antunes ressalta o profundo mal-estar da sociedade brasileira com um projeto que, no Brasil, se desenvolve desde a década de 1990, de “desenvolvimento capitalista financeirizado e mundializado, sedimentado em privatizações, superávit primário e desregulamentação dos capitais, tendo, portanto, os interesses do grande capital como prioritários” (ANTUNES, 2018, p. 246). Como indica o sociólogo do trabalho, esse projeto de mercadorização neoliberal levou à privatização e precarização de direitos sociais, como transporte⁴²⁵, saúde e educação.

there was a broad consensus among the main trade unions behind the strike and public opinion was in favour: According to opinion polls, 60 to

70 percent of the population supported it. Furthermore, participation in demonstrations was high – much higher than in 1968 and comparable to 1995 (1968: 500,000; in 2010, 2.5-3 millions on various occasions). However, in 2010, the number of workers on strike was comparably low: estimates run between 500,000 and 1,000,000. In 1968, nine million workers were on strike, and in 1995, it was considerably more than one million workers” (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 313).

⁴²⁵ No que concerne aos transportes, Antunes (2018, p. 249) põe em relevo o “escancarado incentivo à produção e venda de automóveis particulares – impulsionado pelos governos Lula e Dilma –, diminuindo a tributação sobre essa indústria, o que serviu ilimitadamente ao grande capital do setor automobilístico. Isso fez com que as cidades se inchassem de automóveis, não se levando adiante uma política séria de

Daniela Mussi e Álvaro Bianchi (2013) analisam o período como aquele em que há uma reversão da tendência à informalização do mercado de trabalho, com uma maioria de postos de trabalho nas ocupações menos qualificadas, conforme também demonstrava Pochmann (2012). A expectativa de melhor posição no mercado de trabalho levou a um “aumento dramático do consumo e do endividamento entre os trabalhadores (os últimos números oficiais estimam que mais de 65% das famílias brasileiras estão endividadas). Também houve aumento dos investimentos das famílias em educação (...)” (MUSSI; BIANCHI, 2013, p. 60).

Essa tendência ao endividamento é acompanhada de um aumento das greves e da mobilização da classe trabalhadora, conforme o indicador da quantidade de greves realizadas no período e dos motivos que levaram a greves na iniciativa privada em 2011 e 2012.

Tabela 9 - Greves entre 2010 e 2013

Ano	Quantidade de greves
2010	446
2011	554
2012	873
2013	2.050

Fonte: DIEESE. Sistema de Acompanhamento de Greves (SAG-DIEESE)

Trata-se da retomada do indicador de greves do DIEESE, que havia deixado de mensurar a quantidade de movimentos de paralisação pela diminuição da ocorrência de greves ao longo da década de 1990 e, em especial, após a chegada de Lula ao governo federal. No entanto, o ano de 2013 só é comparável ao de 1989, quando o Brasil havia registrado a maior quantidade anual desde a CRFB/1988.

transporte coletivo, por seu turno, cada vez mais entregue à iniciativa privada, a qual lucra com esse sistema de transporte precário e superlotado. Essa foi, como vimos, a motivação inicial”.

Tabela 10 - Principais reivindicações das greves na esfera privada, 2012 e 2013

Reivindicação	2012		2013	
	nº	%	nº	%
Reajuste salarial	359	40,9	738	36
Alimentação	238	27,1	549	26,8
Condições de trabalho	133	15,2	430	21
PCS - Plano de Cargos e Salários	201	22,9	394	19,2
Pagamento de salários atrasados	160	18,2	375	18,3
PLR - Participação nos Lucros e/ou Resultados	167	19	249	12,1
Piso salarial	142	16,2	228	11,1
Assistência médica	108	12,3	208	10,1
Local de trabalho	41	4,7	207	10,1
TOTAL	877	100	2050	100

Fonte: DIEESE. Sistema de Acompanhamento de Greves (SAG-DIEESE)

Obs.: A soma das parcelas pode ser superior ao total de greves dado que uma mesma paralisação pode conter diversas e distintas motivações

Fonte: DIEESE, 2015, p. 10.

Da observação da pauta de reivindicações das greves, é possível extrair observações sobre a precariedade da vida de trabalhadores e trabalhadoras em movimento. Este aspecto é destacado pela análise de Ruy Braga (2017), quando analisa os dados e afirma que a maior parte das greves (46%) foram defensivas, ou seja, buscavam exigir que o empresário realizasse o cumprimento do contrato de trabalho, pois os direitos trabalhistas e previdenciários nele garantidos vinham sendo desrespeitados⁴²⁶.

Merecem menção estudos do Centro de Estudos de Direitos da Cidadania da USP (Cenedic) realizados no período anterior a junho de 2013. O Cenedic, do qual fizera parte Francisco de Oliveira e à época dirigido por Ruy Braga, realizou etnografias de trabalhadores vivendo em bairros populares e periféricos, do qual resultou livro denominado *Saídas de Emergência* (CABANES et al, 2011), com estudos sobre modificações ocupacionais do trabalho e estudos de caso sobre o ganhar e o perder a vida no tráfico de drogas, na terceirização, no trabalho doméstico, no comércio ilegal, entre outros, como se verá adiante.

⁴²⁶ “Em comparação com o ano de 2012, nota-se um importante aumento (21,6%) na proporção do número de greves relacionadas ao pagamento de salários atrasados, um indício bastante claro da deterioração das condições gerais de reprodução do regime de acumulação” (BRAGA, 2017, p. 241).

Ruy Braga (2017, p. 164) menciona que, na oportunidade em que foi diretor desses estudos, pôde observar que “a reprodução do modelo de desenvolvimento financeirizado alimentava um estado mais ou menos permanente de inquietação social, capaz de precipitar uma onda de indignação popular”. Para Braga (2017, p. 180), “Junho abriu uma nova conjuntura política marcada pelo fim da pacificação social característica do lulismo”. Como destaca André Singer (2018, p. 99), “os acontecimentos inesperados de junho de 2013 dividem o período Dilma em dois. Até lá, a presidente gozava de aprovação nas pesquisas (...). Depois das manifestações, a presidente cai de 57% de bom e ótimo para 30%”.

O período que antecede as jornadas de junho é marcado pela “exacerbação das contradições sociais no Brasil” (MUSSI; BIANCHI, 2013, p. 60). Não por acaso, o crescimento das mobilizações paredistas é acompanhado da “explosão de protestos iniciada em Jirau, em 2011, onde uma violenta greve resultou em casas queimadas, máquinas quebradas e patrões aterrorizados. Apenas em março daquele ano, 170 mil trabalhadores da construção civil fizeram greve” (MUSSI; BIANCHI, 2013, p. 60). No ano seguinte, foram realizadas paralisações históricas nas megaconstruções em Jirau, em Belo Monte e no complexo petroquímico do Rio de Janeiro.

Singer (2018, p. 108) entende que junho teve “classes cruzadas”, pois estariam simultaneamente corretos os dois pontos de vista sobre as jornadas, que teriam sido “tanto expressão da classe média tradicional como reflexo da nova classe trabalhadora”. O autor baseia sua afirmação em uma periodização em três etapas, com acontecimentos e características próprias em cada uma delas. Em esforço de sistematização, para melhor visão do conjunto dos acontecimentos, é oferecida tabela de nossa elaboração abaixo, a partir de dados e citações de Singer (2018).

Tabela 11 – Etapas, objetivos e acontecimentos relevantes das Jornadas de Junho de 2013

Etapas e período	Objetivo e movimentos sociais	Acontecimentos relevantes
Primeira etapa (06 a 13 de junho de 2013)	Objetivo: específico, na busca pela redução do preço de passagens de ônibus e metrô em São Paulo (reajustadas em 6% no dia 02 de junho).	Dias 06, 10 e 11 de junho, manifestações entre 2mil e 5mil pessoas. Na terça, dia 11, ocorrem cenas de violência e repressão policial.

	<p>Movimentos sociais à frente: os atos eram convocados pelo MPL (Movimento Passe Livre).</p>	<p>No dia 13 de junho, havia 20 mil manifestantes e “observadores relataram policiais ‘enlouquecidos’ e ‘cenas de guerra’. Uma jornalista da <i>Folha de São Paulo</i> foi atingida no olho, mas recuperou-se. Um repórter fotográfico perdeu o olho esquerdo” (SINGER, 2018, p. 104).</p>
Segunda etapa (17 a 20 de junho de 2013)	<p>Objetivo: dispersão de conteúdo, com muitos cartazes sobre temas diferentes, como Copa, educação, saúde, corrupção, críticas à PEC 37 (sobre poder de investigação do Ministério Público) e crítica a políticos de maneira geral (SINGER, 2018, p. 106).</p> <p>Movimentos sociais à frente: “camadas sociais alheias ao MPL entram em cena, transformando a quantidade e a qualidade do movimento. De milhares, as contas de gente na rua passam a centenas de milhares” (SINGER, 2018, p. 104).</p>	<p>O 17 de junho foi um marco, pois o protesto foi não apenas contra a repressão de Alckmin, mas também contra os políticos <i>em geral</i> (SINGER, 2018, p. 105).</p> <p>Com a Copa das Confederações, 18 de junho tem manifestações no Rio; 19 de junho, em Fortaleza. Nesse mesmo dia, é revogado aumento da tarifa em São Paulo.</p> <p>No dia 20, após a revogação, o fluxo de manifestações “atinge o ponto máximo, com demonstrações, algumas delas gigantescas, em mais de cem cidades, alcançando, no conjunto, cerca de 1,5 milhão de pessoas” (SINGER, 2018, p. 107).</p>

		Após revogação do aumento da tarifa em São Paulo, no
Terceira etapa (21 de junho até final do mês)	<p>Objetivo: fragmentação maior, em iniciativas com propósitos específicos e distintos: “redução de pedágios, derrubada da PEC 37, rejeição ao Programa Mais Médicos, manifestação contra gastos públicos para a Copa do Mundo” (SINGER, 2018, p. 107 e 108).</p> <p>Movimentos sociais à frente: é o momento em que “as tribos começam a se dividir, como um rio que se abria em múltiplos braços no descenso da montanha” (SINGER, 2018, p. 108).</p>	<p>Em São Paulo, no dia 22 junho, “uma passeata com ares conservadores contra a limitação do Ministério Público reúne cerca de 30 mil pessoas” (SINGER, 2018, p. 108).</p> <p>Em Belo Horizonte, também no dia 22 de junho, “perto de 70 mil pessoas que davam a impressão de se inclinar para a esquerda protestam contra os gastos para a Copa antes do jogo entre Japão e México” (SINGER, 2018, p. 108).</p>

Fonte: SINGER, 2018, p. 103–108.

Para ilustrar as repercussões das Jornadas de Junho no cotidiano dos brasileiros, momento curioso é aquele em que o apresentador de programa de TV, Datena, faz pesquisa ao vivo sobre a aprovação das manifestações de junho pela população e, enquanto aguarda o resultado, critica os manifestantes, por realizarem depredação do patrimônio público, conforme transcrição do vídeo de nossa autoria⁴²⁷.

⁴²⁷ “Baderna, eu sou contra, velho. Me inclua fora dessa. (...) Vou fazer uma pesquisa em cima disso aqui. ‘Você é a favor desse tipo de protesto?’, que inclui aí depredação pública, andando nas vias públicas. Não tô perguntando sobre aumento da passagem, que também sou contra. Até agora a maioria tá achando que é legal [enquanto isso, exibe-se placar com 2000 votos a favor do protesto e cerca de 1000 votos contrários]. Quer dizer, a opinião do povo prevalece. (...) A voz do povo é a voz de Deus. (...) Será que nós formulamos mal a pergunta? Você seria a favor de protesto com baderna? Coloca aí essa pergunta. [Nesse momento, 2900 eram a favor do protesto, 1800 contra. Passado um tempo, o vídeo retorna, com nova pergunta:] ‘Você é a favor de protesto com baderna?’. [A distância no placar fica ainda maior, crescendo enquanto Datena fala: 2300 a favor do protesto, 900 contrários] Mas o povo já deu pra sentir. O povo tá tão pê da vida com aumento de passagem, de ônibus, de trem, de metrô, tá tão pê da vida que apoia qualquer tipo de protesto pelo que eu vi. Fiz duas pesquisas, achei até que uma palavra poderia simplesmente não estar sendo bem entendida, a palavra protesto, poderia englobar protesto com baderna e sem baderna. Mas as duas pesquisas deram praticamente a mesma proporção, o mesmo resultado. As pessoas tão apoiando o protesto porque não querem aumento de passagem”. Transcrição livre. Disponível no link. <<https://www.youtube.com/watch?v=7cxOK7SOI2k>>. Acesso em: 10 jul 2019.

As Jornadas, portanto, rapidamente recebem apoio popular e surpreendem setores à esquerda e à direita. Na nova situação política nacional, ganha relevo o conhecimento sobre a composição social dos manifestantes, em que uma sistematização de pesquisas, realizada por Singer, oferece os quadros abaixo.

Figura 9 - Idade dos manifestantes em Junho de 2013

Faixas	São Paulo 17/06	São Paulo 20/06	Rio de Janeiro 20/06	Oito capitais 20/06	Belo Horizonte 22/06
Mais jovens	53% (12 a 25)	51% (12 a 25)	41% (15 a 24)	43% (14 a 24)	55% (até 25)
Idade intermediária	35% (26 a 35)	31% (26 a 35)	39% (25 a 34)	38% (25 a 39)	29% (26 a 39)
Mais velhos	12% (acima de 36)	19% (acima de 36)	20% (acima de 35)	19% (acima de 40)	17% (acima de 40)
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%

Fontes: Para São Paulo, Datafolha. Para Rio de Janeiro, Plus Marketing. Para oito capitais, Ibope. Para Belo Horizonte, Innovare.

Fonte: SINGER, 2018, p. 110.

Figura 10 - Escolaridade dos manifestantes em Junho de 2013

Faixas	São Paulo 17/06	São Paulo 20/06	Rio de Janeiro 20/06	Oito capitais 20/06	Belo Horizonte 22/06
Mais baixa	1% (Fund.)	2% (Fund.)	14% (Fund.)	8% (Méd. incomp.)	4% (Fund.)
Intermediária	22% (Médio)	20% (Médio)	52% (Méd. comp./ Sup. inc.)	49% (Méd. comp./ Sup. inc.)	31% (Médio)
Alta	77% (Sup.)	78% (Sup.)	34% (Sup. comp.)	43% (Sup. comp.)	66% (Sup.)
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%

Fontes: Para São Paulo, Datafolha. Para Rio de Janeiro, Plus Marketing. Para oito capitais, Ibope. Para Belo Horizonte, Innovare.

Fonte: SINGER, 2018, p. 112.

Observa-se que os manifestantes eram predominantemente jovens e jovens adultos (entre 26 e 39 anos); na maioria dos casos, a escolaridade dos manifestantes é alta, com 43% deles possuindo o ensino superior completo, na pesquisa para oito capitais. Daí decorre a ideia analisada por Singer de que os manifestantes apontam “para a metade superior da pirâmide, com um perfil, no mínimo, de ‘Média Classe Média’, na

classificação de Quadros, e com fortes tintas de classe média tradicional” (SINGER, 2018, p. 113).

Para Marcos Nobre (2013), essa interpretação só é possível a quem limita o objeto de análise a regiões ricas, como Rio e São Paulo. “É impressionante a quantidade de irrupções nas periferias que se dirigem contra os baixos salários, contra a péssima qualidade dos empregos, em um país que se encontra em situação próxima do pleno emprego” (NOBRE, 2013, p. 15). Ruy Braga (2017) apresenta percepção no mesmo sentido, a partir do dado de que 65% do total de vagas formais criadas no período Lula–Dilma foram ocupadas por jovens entre 18 e 26 anos, conforme sistematizou Pochmann (2012). Como “essa inquietação social se concentrou especialmente nesse grupo, (...) [entende-se que o tenha levado a] cumprir um papel-chave na eclosão das Jornadas de Junho” (BRAGA, 2017, p. 226).

Dessa forma, a pesquisa sobre a *nova* classe trabalhadora não se refere apenas a um grupo que deve ser apreendido como um “fenômeno sociológico” diferente, mas também como uma pesquisa que dá especial atenção à juventude trabalhadora, como população economicamente ativa que ingressa no mundo do trabalho e que o vive sob novas condições e desafios.

O argumento central de Braga (2017, p. 227) consiste na presença de um protagonista social, “jovem precariado urbano”, que “se manifesta por meio da gramática dos direitos sociais e trabalhistas”. Uma segunda dimensão apresentada pelos dados, sistematizados por Singer, corresponde à renda familiar mensal dos manifestantes em junho de 2013.

Figura 11 - Renda Familiar Mensal dos Manifestantes em Junho de 2013

Faixas	Rio de Janeiro 20/06	Oito capitais 20/06	Belo Horizonte 22/06
Mais baixa	34% (até 1 SM)	15% (até 2 SM)	20% (até 2 SM)
Intermediária 1	54% (de 2 a 5 SM)	30% (de 2 a 5 SM)	36% (de 2 a 5 SM)
Intermediária 2	1% (de 6 a 10 SM)	26% (de 5 a 10 SM)	24% (de 5 a 10 SM)
Alta	10% (mais de 11 SM)	23% (mais de 10 SM)	21% (mais de 10 SM)
TOTAL	100%	100%*	100%

Fontes: Para Rio de Janeiro, Plus Marketing. Para oito capitais, Ibope. Para Belo Horizonte, Innovare.

* 6% não responderam.

Fonte: SINGER, 2018, p. 114.

Depreende-se desses dados que o subproletariado, na classificação de Singer, não estava ausente dos protestos. Ao menos 15% dos manifestantes em oito capitais e 20% dos manifestantes em Belo Horizonte recebiam até esse valor salarial. “Somados aos que tinham entre dois e cinco salários mínimos de renda mensal familiar, dentro do que se pode considerar baixo rendimento, no conjunto *respondiam por cerca de 50% dos manifestantes*” (SINGER, 2018, p. 114). Além disso, a maioria dos manifestantes havia entrado “havia pouco tempo no emprego – significativamente, o Ibope mostrou que 76% dos manifestantes estava no mercado de trabalho nas oito capitais, o Innovare encontrou proporção parecida em Belo Horizonte (71%) e o Plus Marketing no Rio de Janeiro (70%)” (SINGER, 2018, p. 115).

Ao realizar o contraste entre os dados de renda e os dados de escolaridade, Singer abandona a afirmação do predomínio da “Média Classe Média” nas manifestações. Em suas palavras “do ângulo da renda, e da ocupação que se pode deduzir a partir da remuneração, as pesquisas apontam uma *incidência da metade inferior da pirâmide nas manifestações*. Seria a confirmação de que a nova classe trabalhadora (...) foi para as ruas” (SINGER, 2018, p. 114).

Uma terceira e última dimensão trazida por Singer concerne à localização dos manifestantes de junho de 2013 no espectro ideológico. “Socialmente heterogêneo, junho o foi também no plano da ideologia” (SINGER, 2018, p. 117). O ponto de partida

foi dado por um movimento social de esquerda, pois o MPL se coloca contra um sistema entregue à lógica da mercadoria, bem como defende movimentos horizontais e descentralizados, o que se tornou uma das marcas de junho.

Interessante pesquisa foi realizada em relação à localização dos manifestantes no espectro ideológico, embora o universo de entrevistados se restrinja à manifestação de 20 de junho em São Paulo, já ao final da segunda etapa de manifestações. Conforme dados do Datafolha, Singer (2018) observa a localização dos manifestantes de junho de 2013 no espectro ideológico: 22% se indicam de esquerda, 14% de centro-esquerda, 31% de centro, 10% de direita e 13% não sabiam (SINGER, 2018, p. 124).

Uma pesquisa do Ibope, também no dia 20 de junho, em oito capitais, revela interessante perfil ideológico dos manifestantes. Para 65% dos entrevistados, o maior desejo é de mudança no ambiente político, “com 50% fazendo referência especificamente à corrupção. A questão do transporte apareceu em segundo lugar, com 54% das respostas, e os gastos com a Copa em terceiro, com 40% de menções” (SINGER, 2018, p. 125). Verifica-se, assim, que mesmo já ao final da segunda etapa de manifestações, ainda uma maioria dos entrevistados vê como principal problema a representação, ou direitos sociais como transporte, ou ainda gastos sociais e corrupção.

A presidente Dilma, no dia 24 de junho, reúne 27 governadores e 26 prefeitos de capitais, para apresentar uma resposta à crise. Na avaliação de André Singer (2018, p. 125):

Para satisfazer a direita, deu destaque à responsabilidade fiscal, estabilidade da economia e controle da inflação. Coerente, no final de julho promoveu um corte de 10 bilhões de reais no orçamento de 2013, ‘em resposta, sobretudo, ao mercado financeiro, que o acusa [ao governo] de leniência com a inflação’. Em agosto, endureceu a legislação contra a corrupção, promulgando a lei n. 12850, que definiu organização criminosa, regulamentou a delação premiada e acabou por ser elemento importante no sucesso da Operação Lava Jato. Em fevereiro de 2014, faria novo aperto de cinto, cortando 44 bilhões no orçamento.

A interpretação de Antunes sobre as as rebeliões de junho destaca o forte contraste entre um país que sabe fazer estádios de futebol de primeiro mundo, mas no entorno dos estádios mantém uma população excluída. O comércio da Copa das Confederações, momento em que a rua se tornou proibida para informais e apenas empresários que a Fifa permitiu puderam circular: “os camelôs, o pequeno comércio ambulante, essencial para a sobrevivência de muitas pessoas, foram impedidos de circular, a fim de ceder espaço somente àqueles determinados pela Fifa” (ANTUNES,

2018, p. 247), quadro que permitiu a percepção, pela população, da “simbiose complexa entre os interesses da Fifa, das transnacionais e do governo” (ANTUNES, 2018, p. 247).

É embaraçoso procurar uma explicação para a presença da Força Nacional em Belo Monte, enviada tanto por Dilma quanto por Moro, desde 2013⁴²⁸ até 2019⁴²⁹, com o objetivo de impedir mobilizações de trabalhadores. Em 2013, às vésperas das Jornadas de Junho, o governo Dilma inaugurou essa situação e enviou as Forças Nacionais para que ocupassem Belo Monte, mesmo momento em que “bandos paramilitares, contratados pelos empresários, também atuaram nesse sentido. Nos primeiros dias da paralisação, três ativistas foram presos e outros três desapareceram” (MUSSI; BIANCHI, 2013, p. 61).

A estratégia utilizada pelo governo federal foi a utilização de medida regulamentar do Poder Executivo, no mesmo sentido da medida adotada pelo governo federal de Bolsonaro. Tanto o Decreto n. 7.957/2013, do Gabinete Permanente de Gestão Integrada para a Proteção do Meio Ambiente do governo Dilma, quanto a Portaria n. 265/2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública do governo Bolsonaro, são medidas que visam ou à “manutenção da ordem pública” (Portaria n. 265/2019, art. 1º) ou a “identificar situações e áreas que demandem emprego das Forças Armadas, em garantia da lei e da ordem, e submetê-las ao presidente da República” (Decreto n. 7.957/2013, art. 3º, VII)

O decreto do governo Dilma criou o Gabinete Permanente de Gestão Integrada para a Proteção do Meio Ambiente (GGI-MA), atribuiu a ele funções referentes à garantia da lei e da ordem, como mencionado, e também a possibilidade de colaboração com o Exército, para “demandar das Forças Armadas a prestação de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução” (Decreto n. 7.957/2013, art. 3º, VIII). Ainda mais, o decreto feriu o federalismo, ao permitir a interferência do governo federal em território estadual, dispensando a solicitação de Governadores de Estado para o uso do seu território pela Força Nacional de Segurança Pública.

Nesse sentido, o Decreto n. 5.289/2004, no seu artigo 4º, previa: “A Força Nacional de Segurança Pública poderá ser empregada em qualquer parte do território

⁴²⁸ Sobre a permanência da Força Nacional em Belo Monte, desde 2013 até 2019, veja-se a matéria a seguir. Atuação da Força Nacional nos canteiros de Belo Monte é prorrogada por mais um ano. G1 PA, 26 mar 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/03/26/atuacao-da-forca-nacional-nos-canteiros-de-belo-monte-e-prorrogada.ghml>>. Acesso: 23 de maio de 2019

⁴²⁹ BRANDÃO, 2019. Completo: Moro prorroga presença da Força Nacional na região de Belo Monte. Agência Brasil – EBC, 26 mar 19. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/moro-prorroga-presenca-da-forca-nacional-na-regiao-de-belo-monte>>. Acesso: 23 de maio de 2019.

nacional, mediante solicitação expressa do respectivo Governador de Estado ou do Distrito Federal”. O Decreto n. 7.957/2013 dá nova redação ao artigo, para dispor que “A Força Nacional de Segurança Pública poderá ser empregada em qualquer parte do território nacional, mediante solicitação expressa do respectivo Governador de Estado, do Distrito Federal ou de Ministro de Estado”. Retira-se, portanto, a necessidade de solicitação ou autorização do Governador de Estado.

A política social estatal, portanto, utilizou-se da lei e da ordem, que na verdade é o *poder de ilegalidade* sobre a ordem anterior, que faz avançar o poder estatal em detrimento das liberdades coletivas do trabalho. Isso se dá com a instituição de órgão, GGI-MA, vinculado ao Poder Executivo, e com a indicação de que o Ministro da Justiça possui competência para determinar a utilização da Força Nacional de Segurança Pública. O Estado se reconstruía, no Brasil, desde o ano de 2013, e o Ministro da Justiça passava a ter a atribuição de constituir uma força policial especial, para o fim de manter a lei e a ordem.

No campo da legislação social, não se podem deixar de mencionar as Medidas Provisórias n. 664/2014 e 665/2014, “desenhadas para rebaixar o preço da força de trabalho. O aumento do desemprego, em especial entre os jovens, passou a espremer o orçamento das famílias trabalhadoras cada dia mais endividadas. Tratava-se de uma tríade infernal: precarização, endividamento e desemprego” (BRAGA, 2017, p. 180).

“A rigor”, relata André Singer (2018, p. 62), “o ajuste de 2015 começou em 2013”. Para o autor, deve-se compreender que a reação do governo Dilma a junho é a promessa pública de austeridade, que se verifica, entre outras medidas, com a “contenção dos gastos públicos, os juros em elevação, a queda de 4,4% nos investimentos, (...) [que tornam compreensível] que o crescimento do PIB em 2014 tenha sido de apenas 0,5%” (SINGER, 2018, p. 62 e 63).

Após as Jornadas de Junho, a presidente Dilma se reelege nas eleições de 2014, em disputa acirrada contra Aécio Neves. A principal promessa eleitoral de Dilma, sobre os direitos dos trabalhadores, era de que não os retiraria “nem que a vaca tossisse”. O ano seguinte à eleição, no entanto, é marcado por 10 milhões de desempregados: um a cada quatro nunca tinha trabalhado (26,3%), um a cada três era jovem de 18 a 24 anos

(33,4%), quase a metade não tinha completado o ensino médio (48,2%) e a maior parte era composta por negros e negras (60,4%)⁴³⁰.

Do ponto de vista da relação do Estado brasileiro com as revoltas, nesse lapso temporal, imprescindível relatar que foram criadas, durante o governo Dilma, hipóteses de saque do fundo público, com consequências para a prestação de serviços públicos pelo Estado. Cuida-se da Proposta de Emenda Constitucional n. 87/2015, que veio a ser anexada à PEC 4/2015, de autoria do Deputado André Figueiredo (PDT/CE)⁴³¹. A PEC 87/2015 foi proposta por Dilma, em julho de 2015, e aprovada sob o governo Michel Temer, já sob nova numeração, PEC 31/2016, que veio a dar origem à Emenda Constitucional n. 93/2016.

A Emenda Constitucional 93 prorroga e amplia a Desvinculação das Receitas da União, conforme artigo n. 76 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias):

Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data. (Redação dada pela Emenda constitucional nº 93)

Este artigo foi a principal permissividade constitucional, realizada pelo Estado, contra o fundo público previdenciário. Criado como possibilidade de desvinculação de 20% das contribuições sociais, pelo governo Fernando Henrique Cardoso em 1998, o dispositivo normativo foi mantido pelos governos Lula e, após, expandido pela proposta de Dilma, para possibilitar a desvinculação de até 30% do orçamento. Trata-se, sem dúvida, de medida de acumulação espoliativa, nos termos desenvolvidos por Harvey (2005).

As transformações capitalistas do Estado, no Brasil, são historicamente ligadas à dominação burguesa. Como destaca Florestan Fernandes (2005, p. 344), “Ao contrário

⁴³⁰ Desemprego dispara 38% em 2015 e é o pior em 11 anos, diz IBGE. Uol SP, 25 nov 16. Disponível em <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2016/11/25/desemprego-atingiu-28-milhoes-de-pessoas-a-mais-em-2015-segundo-ibge.htm>>. Acesso em 10 de junho de 2019.

⁴³¹ “A DRU foi criada em 1994, como Fundo Social de Emergência, e vigorou até 31 de dezembro de 2015. Em 8 de julho do ano passado, o Executivo propôs a prorrogação por meio da PEC 87/2015, anexada à PEC 4/2015, do deputado André Figueiredo (PDT-CE). No Senado, a proposta recebeu o número 31/2016.” (PEC da DRU passa por sessão de discussão em primeiro turno. Senado Notícias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/10/pec-da-dru-passa-por-mais-uma-sessao-discussao-em-primeiro-turno>>. Acesso em: 20 jun 2018.

do chavão corrente, as burguesias não são, sob o capitalismo dependente e subdesenvolvido, meras ‘burguesias compradoras’ (...) Elas detêm um forte poder econômico social e político, de base e de alcance nacionais”. Este poder social e político se revelaria no “controle da maquinaria do Estado nacional” e no suporte externo para a modernização de “formas de socialização, de cooptação, de opressão ou de repressão inerentes à dominação burguesa” (FERNANDES, 2005, p. 345).

O espaço político assegurado pela ordem legal é reduzido, restrito. É muito difícil que pressões e conflitos “dentro da ordem” possam fazer explodir contradições de classe. As características da burguesia brasileira explicam este quadro. Ela “não está só lutando, aí, para consolidar vantagens de classe relativas ou para manter privilégios de classe. Ela luta, simultaneamente, por sua sobrevivência e pela sobrevivência do capitalismo” (FERNANDES, 2005, p. 345).

As políticas econômicas dos governos do Partido dos Trabalhadores, como resumem Maria Malta e Jaime León (2017; 2020), foram baseadas no aumento do consumo de massas, no crescimento da base da pirâmide social do trabalho, com a elevação do salário mínimo e do emprego formal, na política assistencial para miseráveis e em políticas sociais “focalizadas de massa”⁴³². No entanto, como caracterizam os autores, os ganhos foram revertidos facilmente:

Os poucos ganhos para os trabalhadores vividos nos 13 anos dos governos de coalizão foram revertidos com facilidade e sem grande resistência popular, por meio do fim da política de valorização do salário mínimo, do aumento do desemprego, das mudanças de regras para os programas sociais, enquanto os grandes ganhos para o capital ficaram explicitados na forma de tragédia, com uma crise ambiental sem precedentes, explícita nos casos de Mariana e nos impactos do avanço do agronegócio sobre a floresta e o cerrado brasileiros, e de farsa, com a aprovação da reforma trabalhista (MALTA; LEÓN, 2020, p. 39 e 40).

Na análise desenvolvida pelos autores, a forma política da democracia de cooptação, com corrupção intrínseca e abertura para baixo, chegou a um momento de inflexão com as Jornadas de Junho de 2013: “(...) a forma política de democracia de

⁴³² O significado da expressão política social de massa e os sentidos a ela destinados no contexto da crise são assim descritos pelos autores: “A ideia de política social focalizada de massa se refere a políticas sociais que não seguem o princípio de direito de cidadania, portanto de universalidade, e são recortadas para perfis socio-econômicos específicos e que tem associadas a elas um diagnóstico de alívio particular de necessidades vistas como temporárias e não estruturais, no entanto a situação de crise social é tão expressiva que a política focalizada acaba atingido uma massa de trabalhadores que se encontra estruturalmente em situação de restrição de direitos sendo incorporados de forma periférica e destituída de proteção social às práticas do capitalismo dependente” (MALTA; LEÓN, 2020, p. 39).

cooptação (Fernandes, 1975), usufruída pelos governos vigentes nos anos 2000, esgotou-se em 2013, nas Jornadas de Junho. Nestas, a população reivindicou mudanças radicais diante de condições de vida precárias, expressando sua revolta contra os partidos da ordem e contra a ordem estabelecida” (MALTA; LEÓN, 2020, p. 39).

As soluções reacionárias que o Estado deu a esse movimento heterogêneo foram acompanhadas da quebra da coalizão do governo em curso. O golpe parlamentar que levou ao impedimento de Dilma é compreendido como uma “ruptura autocrática”, na caracterização de Malta e León (2020, p. 59).

Mas, seria possível questionar-se sobre a pertinência de realizar conexões entre os movimentos de rebeldia de 2013 e 2015, para observar se as vidas precárias não deveriam ser caracterizadas, na verdade, como uma classe média ressentida, atuante como cúmplice ou coautora do planejamento do golpe. Sobre esse tema, serão destacadas resultados de uma pesquisa empírica, seguidos de considerações de transição para o próximo capítulo.

Pablo Ortellado e Esther Solano publicaram artigo, na Revista *Perseu*, mantida pela Fundação Perseu Abramo, em que analisam o perfil dos manifestantes de 15 de março, 12 de abril e 16 de agosto de 2015. Sobre a hipótese da pesquisa, descrevem: “A principal hipótese que norteava o primeiro questionário era que a descrença no governo federal não estava restrita a ele, mas se estendia a todo o sistema político (...)” (ORTELLADO; SOLANO, 2016, p. 170). Os autores citam estudos da Fundação Getúlio Vargas sobre índices de desconfiança institucional, segundo os quais “(...) 5% da população afirmava confiar em partidos políticos, 15% no Congresso Nacional, e 33% nas emissoras de TV” (ORTELLADO; SOLANO, 2016, p. 170).

Nesse sentido, os autores investigaram se haveria uma continuidade, uma inquietação e uma insatisfação em comum, entre os protestos de 2013⁴³³ e de 2015. Nem por isso deixam de ressaltar as diferenças de composição social e orientação política dos convocantes⁴³⁴.

⁴³³ Sobre os processos de 2013, a partir de pesquisas realizadas por institutos de opinião, assim descrevem o conteúdo da insatisfação e da inquietação: “As pesquisas de opinião realizadas na semana de 17 de junho de 2013 haviam indicado um conteúdo reivindicatório que poderia ser resumido na rejeição das instituições de representação (executivo, legislativo e os partidos políticos), e na demanda pela consolidação e expansão de direitos sociais (principalmente transporte, saúde e educação)” (ORTELLADO; SOLANO, 2016, p. 170).

⁴³⁴ “Como havia semelhança entre a primeira parte das reivindicações de junho de 2013 e as opiniões constatadas em abril de 2015, nos perguntamos se, a despeito da profunda diferença da composição social (em 2015, os manifestantes eram mais velhos, mais ricos e mais escolarizados) e da orientação política dos grupos convocantes (em 2013, na esquerda do espectro político; em 2015, na direita), se não poderia

Ortellado e Solano informam que, nos atos que acompanharam em 2015, a maior parte dos manifestantes não confiava em partidos políticos (73,2%), inclusive no PSDB (47,6%), mas confiavam em movimentos, em tese, desvinculados de partidos, como o Movimento Vem Pra Rua (70,8% confia muito) e, surpreendentemente, o Movimento Passe Livre (53,4% confia muito ou pouco) (ORTELLADO; SOLANO, 2016, p. 172 e 173).

Os autores destacam que uma extrema maior parte dos manifestantes (97%) concordou total ou parcialmente com gratuidade de serviços públicos, como educação, saúde. Além disso, 50% dos manifestantes concordava com a demanda por tarifa zero nos transportes públicos. Concluem, no tocante à defesa dos direitos sociais, que há uma linha comum de defesa dos serviços públicos em 2013 e em 2015⁴³⁵.

A relação de continuidade entre a demanda por direitos presente tanto em 2013 quanto em 2015, por um lado, e a ascensão de um governo neoconservador, por outro lado, é analisada com perplexidade por Ortellado e Solano (2016). Os autores defendem que não se pode responder ao problema com “estereótipos” sobre os manifestantes e que o paradoxo é um legado de junho de 2013.

Nessa perspectiva, anotam que não houve grupos progressistas, desvinculados de partidos, capazes de atrair a insatisfação dos manifestantes em 2013. Também em 2015, conforme demonstraram os autores, os manifestantes possuem desconfiança institucional com o sistema político brasileiro. Disso concluem:

Ao contrário do estereótipo do manifestante privilegiado e ressentido com o avanço social dos mais pobres, há um notável consenso entre os manifestantes a favor dos direitos sociais fundamentais. Como essa crença pode então estar combinada com uma liderança ultraliberal, com um sentimento antipetista e uma admiração pelo comentarismo neoconservador? Acreditamos que o paradoxo seja um legado do ciclo de protestos de junho de 2013. Na ausência de grupos progressistas desvinculados dos partidos políticos, para além do MPL, que fossem capazes de dar orientação e liderança para a indignação que foi despertada, os grupos liberais e conservadores se aproveitaram da oportunidade para moldar e explorar politicamente a insatisfação (ORTELLADO; SOLANO, 2016, p. 177 e 178).

haver uma inquietação e insatisfação comum que ligava subterraneamente um fenômeno ao outro” (ORTELLADO; SOLANO, 2016, p. 170).

⁴³⁵ “(...) a despeito da agenda de Estado mínimo e privatizações dos grupos que convocavam as manifestações, os manifestantes eram ainda fiéis às demandas de consolidação, ampliação e melhoria dos serviços públicos que tinham emergido em junho de 2013. Ao contrário do estereótipo do manifestante privilegiado e ressentido com o avanço social dos mais pobres, há um notável consenso entre os manifestantes a favor dos direitos sociais fundamentais” (ORTELLADO; SOLANO, 2016, p. 177).

Há uma conexão entre a ausência de movimentos autônomos que pudessem se constituir como “referência”, por um lado, e a manutenção de uma forte carga de indignação e desconfiança institucional com toda coletividade que fosse ligada a “partidos” ou “representações da ordem”, por outro lado. O paradoxo que envolve o legado de 2013 leva, por isso, ao exame da concepção de liberdades coletivas que se tem em consideração, que permita ou não compreender o crescente descontentamento e suas formas de luta social.

Nesse sentido, analisar decisões do STF sobre a “maioridade cívica do trabalhador” e a busca por autonomia coletiva levou à revisitação teórica dos pressupostos da social democracia no direito coletivo do trabalho. Observar o contraste entre essa proposta e as origens da legislação sindical no Brasil, em especial a partir das compreensões de Werneck Vianna (1999; 2004) e Oliveira Vianna (1952; 1974) sobre o sindicato corporativo, forneceu uma compreensão matizada da relação entre Estado, sindicalismo e liberdades coletivas no país.

Entre outros elementos, reteve-se que o específico da ordem corporativa, como se pôde observar, era a busca pela “paz social”, no lugar da violência aberta entre classes. Decretava-se a “morte do homem liberal” (VIANNA, 1999), pela criação de órgãos intermediários, delegativos do poder público. Em alguns momentos, os sindicatos eram esvaziados do sentido de colaboracionismo e convertidos em puro instrumento de dominação de classe. Foi possível observar, nesse sentido, marchas e contramarchas do descompasso entre o crescimento de entidades sindicais e a diminuição de sua representatividade.

Renova-se o corporativismo, com as decisões do STF, não porque se altera a estratégia negocial e institucional da relação entre sindicato e trabalhadores no Brasil, mas porque se modifica a relação entre Estado e sindicatos. Nessa linha interpretativa, não há contradição entre a prevalência do negociado sobre o legislado e o enfraquecimento do sistema de custeio sindical. Pelo contrário, ao sindicato é estendido o poder de legalidade do Estado e seus desafios se acumulam.

A verdadeira pergunta deriva da caracterização de Antunes (2009), segundo a qual o compromisso negocial e conciliatório dos sindicatos é alvo de descontentamento, expresso nas lutas sociais da década de 1970. Nesse sentido, a análise das revoltas sociais e das erupções públicas fornece importantes elementos para compreender dimensões das liberdades públicas do trabalho que não são apreensíveis pelo tradicional

esquema corporativo de mobilizações, como também vêm observando Nowak e Gallas (2014).

Interessantes indícios comuns entre a pesquisa de Ortellado e Solano e as pesquisas de Carothers e Youngs (2015) fornecem centralidade, na análise das erupções coletivas, à raiva cívica contra a corrupção sistêmica. Florestan Fernandes (2005) também destacava os limites das negociatas e da democracia de cooptação no capitalismo pobre, aspecto sublinhado na leitura do Brasil contemporâneo por Malta e Leon (2017; 2020).

Desde 2008, como se observou, instalou-se período de greves de massas, com mais de 60 países afetados apenas em 2015 (NOWAK; GALLAS, 2014). Essas erupções vulcânicas (HARVEY, 2016) podem ser compreendidas como manifestações que dão continuidade e radicalizam o descontentamento dos setores segmentados da classe trabalhadora com as estratégias social-democratas (HARVEY, 2017).

Esse descontentamento, para Harvey (2017), era explicado pelo dualismo do mercado fordista e pelo esgotamento da via negocial ou institucional. No Brasil, a via da conciliação de classes ainda se desenvolveu por décadas, no caminho pelo qual se gestou o transformismo do projeto democrático popular do Partido dos Trabalhadores e sua progressiva adaptação à ordem (MALTA; LEÓN, 2020; IASI, 2006; IASI, 2012; GEDIEL; MELLO, 2016b).

Junho de 2013 marca este momento de encerramento de um ciclo político no país. A análise das transformações da classe trabalhadora, para observação da composição social dos protestos e dos seus sentidos sociais, ganhou importância crescente (ANTUNES, 2018; SINGER, 2018; BRAGA, 2017). Não parece mais possível pensar o Direito Sindical e a renovação da autonomia coletiva sem levar em consideração as principais manifestações públicas do último período e expansão de protestos similares em nível global.

Especial pertinência parece sugerir a análise da greve de massas em uma concepção luxemburguista, como proposta por Nowak e Gallas (2014). Trata-se de uma forma de observar a conexão entre momentos de efervescência, como greves gerais, e lutas cotidianas ou econômicas. A tradição de Rosa Luxemburgo se configura como uma “escola da experiência”, cujas semelhanças com Thompson (2012) serão exploradas durante o desenvolvimento de estudos concretos, no próximo capítulo.

3 HIBRIDISMOS CONTRATUAIS, DISCRIMINAÇÃO E REBELDIAS CRIATIVAS

Olha o que a gente ouve nas escolas: "vocês têm que vir trabalhar, porque vocês não podem deixar as crianças dentro do colégio sem comida". Mas os nossos filhos tão sem comida nas nossas casas. É isso que eles não entendem. Mas mesmo assim a gente tem que ir trabalhar, senão a gente sofre represália. Ou vai pra rua, ou vai ser descontada.

Trabalhadora terceirizada,
em entrevista⁴³⁶.

(...) ela também se assumiu depois que foi garantido o uso do nome social dentro da empresa. Ou seja, as pessoas tavam esperando esse direito pra poderem exercer sua identidade. O que foi muito bom. Uma pena que me desgastou também e eu não consegui nem batalhar pra conseguir sair daquele call center.

Teleoperadora trans,
em entrevista.

*Morder o fruto amargo e não cuspir
mas avisar aos outros quanto é amargo,
cumprir o trato injusto e não falhar
mas avisar aos outros quanto é injusto,
sofrer o esquema falso e não ceder
mas avisar aos outros quanto é falso;
dizer também que são coisas mutáveis...
E quando em muitos a noção pulsar
— do amargo e injusto e falso por mudar —
então confiar à gente exausta o plano
de um mundo novo e muito mais humano.
Geir Campos (2003, p. 89)*

Revisitar a teoria do contrato de trabalho desvelou as insuficiências do contrato único ou típico para compreender o Brasil, bem como características do conteúdo contratual no Direito Laboral. Oriunda da resposta a essas insuficiências, a observação concreta das ilegalidades do trabalho, em precedentes judiciais do Supremo, demonstrou como o Estado se transforma mediante expansão de ilegalidades e reinvenção do corporativismo sindical, com os fundamentos constitucionais da liberdade contratual e da autonomia coletiva. Ao sindicato é estendido o poder de legalidade do Estado, como reforço de sua posição de mediador privilegiado da relação entre Estado e sociedade, em uma nova correlação de forças.

⁴³⁶ Notas de diário de campo, referentes a uma reunião realizada em sindicato no município de Porto Alegre, como será descrito neste capítulo da tese.

Uma transformação desta proporção não é simples e imediatamente estável. A hibridização de tipos e cláusulas contratuais *simplifica* um processo altamente conflitivo, pelo qual o Estado progressivamente se reposiciona e reordena os poderes de sua materialidade em relação aos contratos de trabalho. A conformação de tipos e cláusulas contratuais híbridas provoca uma infusão de lei sobre o futuro do trabalho, considerada a perspectiva, exposta anteriormente, de que todo contrato é um ato de apreensão e comprometimento do futuro, do ponto de vista do tempo de vida do trabalhador (OST, 1999; MARTINS-COSTA, 2018; COUTINHO; ARAÚJO, 2016).

Neste momento de análise e exposição, utilizam-se as ferramentas formuladas nos capítulos anteriores, portanto, para realizar estudos concretos sobre as novas modalidades e cláusulas contratuais lícitas. Com esse objetivo, exploraram-se sentidos atribuídos por juristas e trabalhadoras à nova forma jurídica assumida pelo contrato de trabalho, que inovou o ordenamento jurídico contemporâneo, em direção à hibridização entre contratos típicos e atípicos.

Um contrato híbrido, como conceituado anteriormente, é aquele que mescla elementos do contrato único, tido como típico e padrão, e elementos considerados atípicos. A hibridização das modalidades contratuais ocorre em paralelo à legalização de cláusulas contratuais. Os limites de ambas são fornecidos pela interpretação constitucional dos contratos, realizada por magistrados.

A infusão de lei no contrato se altera, porque se alteram os fundamentos constitucionais da lei e a correlação de forças que lhe fornecia sustentação. Altera-se também a legislação social, não como origem única e original da transformação da regulação pública do trabalho, mas como resultado de uma processualidade cujo marco inicial, no país, foram as Jornadas de Junho de 2013 e as respostas do Estado ao movimento, com ilegalidades expandidas do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Desse modo, com o objetivo de compreender os sentidos dessas transformações em uma perspectiva que ultrapasse a análise das metamorfoses jurídicas (SIMÕES, 1980, p. 27), transita-se da teoria do contrato de trabalho (Capítulo 1) e das ilegalidades expandidas (Capítulo 2), em direção aos contratos como previstos em lei e com controvérsias sendo dirimidas por tribunais ou questionadas por trabalhadoras e trabalhadores.

No nível da efetiva abordagem ou do método efetivo (THIOLLENT, 1994, p. 25), o capítulo utiliza as técnicas de pesquisa bibliográfica, da amostragem de caso único

e de entrevistas semi-estruturadas no âmbito da pesquisa-ação (PIRES, 2008, p. 175; FONSECA, 2017, p. 377; THIOLLENT, 1994), com o objetivo de combinar as informações empíricas à contribuição para reconstrução da teoria social do contrato de trabalho.

Em um primeiro momento (3.1), revisita-se o tema do objeto, vivo, do contrato de trabalho. Levanta-se o problema a partir de estudos concretos, com a visão de juristas e trabalhadoras sobre contratos terceirizados em Porto Alegre. Na sequência, descrevem-se limites impostos pelo TST sobre a expansão das bordas da ilegalidade no objeto contratual. Observa-se como a expansão da liberdade contratual *hibridiza* modalidades e cláusulas contratuais, no sentido de um afrouxamento e redirecionamento (AZAÏS, 2012, p. 172; CARLEIAL; AZAÏS, 2007).

Esta expansão do campo de normatização do ramo juslaboral, ao longo da tese, será concretamente analisada em contratos considerados precários, como na primeira seção (3.1) e também em contratos considerados “estáveis”, no modelo celetista, nos quais a discriminação e as hostilidades contratuais também se intensificam. As reflexões do capítulo, no segundo momento de exposição (3.2), serão enriquecidas com entrevistas realizadas com teleoperadoras de empresas de teleatendimento, que oportunizaram a compreensão de dimensões espoliativas presentes em contratos de emprego e de rebeldias criativas em contratos terceirizados.

O conjunto das informações empíricas, interpretadas no contexto da crise do contrato de trabalho e com o instrumental analítico colhido da categoria ilegalidade constitucional do trabalho, retira os tipos e cláusulas contratuais da condição de invisibilidade privada. Fornece, desse modo, condições de possibilidade para observação de hostilidades e hibridismos contratuais destinados ao aumento da taxa de exploração no Brasil. A abordagem concreta sobre atos normativos e experiências de vida de trabalhadoras terceirizadas e teleoperadoras acentua traços da crise e fornece reflexões sobre o horizonte de expectativas de trabalhadoras e trabalhadores, com o que se buscará contribuir para a ampliação da teoria social (MÉSZÁROS, 2011; SAFATLE, 2019; BURAWOY, 2014), em específico no tema do contrato de trabalho.

3.1 Tateando as bordas da ilegalidade na crise do contrato de trabalho

O fenômeno pelo qual o atípico se torna dominante foi descrito, por Christian Azaïs (2003; 2012), como combinação entre o conceito de zonas cinzentas de

assalariamento⁴³⁷ e o de *hibridização*. O conceito, formulado em 2003, tinha por objetivo conferir destaque à multiplicação de tipos e cláusulas contratuais, para a mesma atividade realizada, dimensionando a imprecisão e insuficiência da abordagem jurídica da temática, como contextualizado ao começo desta tese (AZAÏS, 2012, p. 189; CARLEIAL; AZAÏS, 2007).

Até recentemente, ainda que presentes e *permitidas*, as formas atípicas de contrato de trabalho eram consideradas pouco expressivas no Brasil, na avaliação de Krein, comentada por Carleial e Azaïs⁴³⁸. O problema ganhou uma nova proporção com as decisões do STF comentadas no capítulo anterior e com as alterações legislativas promovidas pela contrarreforma trabalhista.

Já não se trata de indicar algumas modalidades híbridas como uma fronteira ao contrato de emprego, sem poder situá-las no binômio legal-ilegal. As modalidades híbridas de contrato são consideradas legais e são também parte de uma nova compreensão dos tribunais sobre o contrato de trabalho *típico*. Aos tipos contratuais híbridos se somam, portanto, cláusulas contratuais híbridas no contrato de emprego.

O fenômeno de hibridização, conforme debatido no âmbito do grupo *ZOGRIS*: *L'évolution des normes d'emploi et nouvelles formes d'inégalités: vers une comparaison des zones grises?* [*A evolução dos padrões de emprego e novas formas de desigualdade: para uma comparação de áreas cinzentas?*], instigou a observação de nuances que são instrumento de trabalho para o exame da legalização de modalidades híbridas de contrato de trabalho. O hibridismo, nesta tese e diferentemente do conceito de Azaïs (2003; 2012), é observado dentro dos parâmetros do legal e também intraformas contratuais. Observa-se como hibridização, portanto, não uma fronteira ou um “embaralhamento” entre legal e ilegal, mas uma dimensão interna de novas formas típicas contratuais, com cláusulas híbridas.

Com o objetivo de conhecer os hibridismos contratuais e as metamorfoses dos trabalhos ilegais, analisam-se compreensões de juristas e trabalhadoras sobre a licitude

⁴³⁷ “(...) [As zonas cinzentas de assalariamento] dizem respeito a derrogações em relação às normas de emprego até então vigentes e que fazem com que aquilo que, antes, era tido como 'atípico' passe a se tornar norma corriqueira” (AZAÏS, 2012, p. 175).

⁴³⁸ “Quanto às formas de contratação atípicas no Brasil, Krein (2007, p.109) considera que elas ainda são pouco expressivas. Utilizando dados da RAIS/ TEM, o autor evidencia que elas correspondiam a apenas 5,9% dos empregos formais ativos no país. Em números absolutos, existiam apenas dois milhões de empregados e funcionários públicos regidos por alguma forma de contratação atípica. Entretanto, no período de 1995 a 2005, essa forma de contratação cresceu 158,6%, percentagem bem superior, comparativamente, àquela do crescimento da contratação por tempo indeterminado, que foi de 38,8%” (CARLEIAL; AZAÏS, 2007, p. 414).

de contratos, em entrevistas semi-estruturadas com trabalhadoras e em documentos jurídicos, como decisões judiciais e inquérito administrativo (3.1.1). Depois, analisam-se criticamente tipos contratuais híbridos da legislação em vigor, quais sejam, o contrato intermitente, o contrato verde e amarelo, o contrato desportivo, o contrato autônomo exclusivo, o contrato de parceria e o contrato de trabalho doméstico (3.1.2). As cláusulas híbridas serão objeto de reflexão na última subseção da tese (3.2.2).

3.1.1 O objeto vivo do trabalho

Esta subseção realiza dois movimentos. Um primeiro observa dubiedades na relação entre juristas e contratos de trabalho, das quais decorre a insuficiência do tratamento dispensado por uma leitura tradicional do Direito aos contratos de trabalhadoras terceirizadas. A impressão que esta observação fornece, em especial quando qualificada pelo olhar das trabalhadoras sobre seus contratos, é de que não há limites jurídicos para a exploração de seu trabalho.

Um segundo movimento de análise concreta, porém, demanda precaução nesse diagnóstico. Magistrados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, diante de ilegalidades desmedidas, tomaram providências e enquadraram limitações às contratualidades espoliativas, em três recentes precedentes judiciais, do ano de 2019.

Com objetivo de abordar traços das modalidades híbridas de contrato, analisam-se decisões judiciais do TST e do STF. Entre os tipos de amostra de caso único possíveis à pesquisa acadêmica, optou-se pela amostra por acontecimento ou por enredo⁴³⁹, com objetivo de descrever e identificar os elementos que estão presentes, ora em acórdãos judiciais, ora em decretos do Poder Executivo ou em processos administrativos, que provocam e desafiam a racionalidade jusbatal do *contrato único*.

Como desenvolvido, a tese lança mão de diferentes técnicas, como a análise documental combinada à pesquisa-ação (THIOLLENT, 1994), com traços do estudo de caso ampliado (BURAWOY, 2014), com o objetivo de construir conexões micro-macro “(...) por meio da reconstrução da teoria social” (BURAWOY, 2014, p. 150). Nesse sentido, a escolha da amostra foi definida pelo problema de pesquisa que se quis

⁴³⁹ Quando utilizam esse tipo de amostragem, os pesquisadores têm por interesse abordar um acontecimento que julgam mais “estratégico para o conhecimento do que [seria estratégico conhecer] sobre um meio social ou uma história de vida” (PIRES, 2008, p. 178). O acontecimento, no caso, é a modificação qualitativa da intervenção estatal sobre a autonomia privada que se expressa no contrato de trabalho.

construir em cada momento da exposição de resultados da tese (FONSECA, 2017, p. 371).

Neste momento da exposição dos resultados de pesquisa, destarte, o problema que se reconstrói é o da crise do contrato de trabalho: sua expansão requer instabilidade e esta não se caracteriza por uma ilegalidade permanente, mas por bordas de ilegalidade, cuja mutação é ditada por intervenções consecutivas do Estado e do capital.

a) Duas visões, um contrato⁴⁴⁰: juristas e trabalhadoras

Os hibridismos contratuais são pontos nodais, nos quais misturam-se e consubstanciam-se relações sociais. Um só arranjo contratual, entre trabalhadoras terceirizadas e Empresa A⁴⁴¹, será observado da perspectiva de juristas e trabalhadoras. Examinar dimensões do real, para então retornar à teoria social, ajuda a perceber como essas relações contratuais são um problema para pessoas concretas, que vivem em situação de precarização social. São também um desafio, uma opacidade para profissionais do direito que com eles se defrontam, o que fornecerá reflexão inicial sobre os casos analisados na tese.

O primeiro olhar que se acompanhará é fornecido por juristas preocupados com a defesa dos direitos sociais. Um Procurador do Trabalho, diante de denúncia de inúmeras lesões contratuais realizadas contra trabalhadoras terceirizadas no município de Porto Alegre/RS, tomou a decisão de instaurar o Inquérito Civil (IC) 000560.2019.04.000/8, em 13 de agosto de 2019, para analisar a situação. A denúncia recebida informava diversos problemas e uma justificativa referente ao contrato entre SMED (Secretaria Municipal de Educação) e a Empresa A. Como narra a denúncia, no IC:

- a empresa atrasa os salários, não paga o vale transporte e o vale alimentação. As férias acumulam e o terço não é pago (os trabalhadores voltam de férias sem receber
- recebem os avisos de férias (sem os valores), assinam mas não o recebem). A justificativa é de que a SMED não está repassando os valores
- a empresa não fornece material de limpeza suficiente, então os trabalhadores compram os produtos que faltam

⁴⁴⁰ A expressão utiliza o mesmo contraste formulado originalmente por Rafael Cavichioli (2019), em pesquisa de doutorado sobre o “direito da infância contra negros e pobres” e a “família sitiada pelo afeto”, sob o título “Duas famílias, duas leis”.

⁴⁴¹ Nome fictício atribuído à empresa que contrata, na condição de empregadora, as trabalhadoras terceirizadas do município de Porto Alegre, no âmbito deste contrato.

- a empresa fornece somente um uniforme que depois de quatro anos esta desgastado. Também exige que se trabalhe uniformizado mas não há outro uniforme para substituir o que está sendo lavado
- desvio de função: são contratados como auxiliares de serviços gerais mas exercem outras funções como: instalação hidráulica, elétrica, pintura, instalação de vidros, portas, etc, além da portaria das escolas e cuidar das crianças na hora do recreio. Quando os trabalhadores se negam, são transferidos para outras escolas onde os problemas se repetem.
- não há depósito de abono familiar
- não há fornecimento de contracheques atuais, recebem somente dois ou três meses depois
- não são pagas as verbas rescisórias quando há demissão. (BRASIL, 2019c).

Ao instaurar o Inquérito Civil, o Ministério Público do Trabalho reconheceu os problemas, conforme consta no “Considerando” da Portaria do Inquérito Civil:

considerando os elementos contidos no Procedimento Preparatório nº 000560.2019.04.000/8, os quais indicam que a empresa denunciada não realiza os pagamentos das verbas rescisórias no prazo legal, não fornece contracheques, não paga o salário-família, obriga os funcionários a abrirem conta no Barisul (sem opção de conta-salário), mantém empregados em desvio de função e sem informações sobre a situação do contrato com a tomadora (...) (BRASIL, 2019b).

A primeira ação do membro do Ministério Público do Trabalho, segundo os autos do processo, foi notificar a Empresa A para que se manifestasse sobre alguns dos itens da denúncia. Na resposta da empresa à solicitação realizada pelo MPT, lê-se que a denúncia sobre desvio de função não é verdadeira, pois a empresa entregaria para os funcionários cópia de item do contrato estipulado com a prefeitura, que descreve as funções de cada trabalhadora⁴⁴².

Ainda na resposta ao MPT, lê-se que diretores de escola e seus prepostos nas escolas não possuiriam poder de ordenar às funcionárias nada além daquilo que é

⁴⁴² “Quanto à alegação de desvio de função de funcionários da empresa, não prospera a denúncia. Isso porque o contrato mantido entre o Município de Porto Alegre e a EMPRESA , anexo, prevê as funções de auxiliar de cozinha, cozinheira e auxiliar de serviços gerais para atuação nas escolas municipais de Porto Alegre. Os funcionários da empresa são orientados a exercerem tão somente as funções para as quais foram contratados, sendo-lhes entregue, quando do início da prestação dos serviços, cópia do item 2.5 do instrumento I do contrato firmado com o Município, a fim de que saibam quais são suas atribuições” (BRASIL, 2019c).

descrito contratualmente⁴⁴³. A empresa admite lesões contratuais, mas os justifica com base em supostos atrasos da Prefeitura no repasse das verbas estabelecidas⁴⁴⁴.

Uma segunda ação do MPT, então, foi a realização de audiência administrativa com a empresa. Extraem-se da ata da audiência informações referentes à magnitude do objeto contratual. Observa-se, por exemplo, que o contrato da empresa com a Prefeitura envolve quatro milhões de reais mensais, desde 2015. Também na audiência, como na resposta inicial, a principal alegação da empresa, para justificar os descumprimentos contratuais, é o atraso da Prefeitura para repasse das verbas⁴⁴⁵. A dívida da Prefeitura, na ocasião da audiência administrativa, somaria o montante de 1,2 milhão de reais.

Verifica-se, assim, que a contratação trilateral, ou terceirização de atividades, entre empresa, município e trabalhadoras, não significa uma *diminuição do Estado* ou, neste caso, uma *saída de cena* do Estado em relação ao contrato com as trabalhadoras terceirizadas. O Estado se mantém presente nessa relação, como contratante principal. Em cena, porém ao fundo dela, o município financia as empresas privadas e, quando atrasa os pagamentos, as empresas privadas transferem o problema para as trabalhadoras terceirizadas.

Com base na leitura da ata da audiência administrativa, dimensiona-se a gravidade das lesões contratuais. A empresa informou que foram originadas 150 ações trabalhistas por trabalhadoras terceirizadas do município, que prestam serviço em contrato com a empresa. Segundo relata, 80% dessas ações tiveram acordos judiciais realizados, até a data da audiência administrativa com o MPT.

Com efeito, a empresa admitiu que frequentemente não prestou informações às trabalhadoras sobre os contratos que possuía com elas. Justificou que: “os supervisores, muitas vezes, não poderiam explicar aos trabalhadores a situação do contrato, pois

⁴⁴³ “Da mesma forma, nem a Diretora, nem os seus prepostos nas escolas ordenam aos auxiliares de serviços gerais a realização de qualquer tarefa que não esteja dentro de suas atribuições contratuais, não havendo desvio para atividades que envolvam maiores responsabilidades ou que não estejam dentro da capacidade dos mesmos, como, inclusive, poderá ser comprovado por oitiva de testemunhas, em caso de prosseguimento do feito” (BRASIL, 2019c).

⁴⁴⁴ “Outrossim, as rescisões também têm sido regularmente quitadas. Ocorre que o Município de Porto Alegre, com quem a empresa possui contrato vigendo, vem constantemente atrasando os repasses à EMPRESA, dificultando o cumprimento de alguns compromissos – como o pagamento de algumas rescisões – dentro do prazo legal. Em alguns casos, houve um pequeno atraso de alguns dias” (BRASIL, 2019c).

⁴⁴⁵ Na ata da audiência administrativa, verifica-se que a principal alegação da empresa para descumprimento contratual envolve reclamações sobre não pagamento da Prefeitura, com três períodos: no primeiro, entre janeiro de 2016 e agosto de 2018, teriam havido alguns atrasos; entre agosto de 2018 e novembro, houve atrasos “rotineiros e com espaçamento maior”; entre novembro de 2018 e março de 2019, “não houve pagamento pelo Município, mas a empresa executou o serviço” (BRASIL, 2019c).

sequer a direção da empresa sabia, uma vez que o Município gerencia o fluxo de pagamento e a renovação do contrato” (BRASIL, 2019c).

A afirmação da empresa, ao assumir a intransparência contratual durante sua vigência, viola os deveres da boa-fé e a obrigação trabalhista, entendida como processo, no sentido explorado ao começo da tese (COUTO E SILVA, 2006; FELICIANO, 2003; MARTINS-COSTA, 2018). Não há dúvida de que, em se tratando de situação na qual o contrato empresa–trabalhadoras nunca foi rescindido, o princípio da continuidade da relação de emprego lhe confere estabilidade e obrigação de lealdade contratual, sem haver justificativa para que a empresa afirme “não saber o que explicar” às trabalhadoras.

A transferência para as trabalhadoras, dos riscos econômicos da atividade desenvolvida pela empresa, com base em alegado inadimplemento da Prefeitura, configura ilegalidade. Os riscos do contrato Prefeitura–empresa devem ser resolvidos entre essas duas partes contratuais, e não transferidos ao pólo mais frágil da triangulação, a saber, as trabalhadoras terceirizadas, cujo contrato empresa–trabalhadoras nunca foi suspenso.

A retenção do salário, com o objetivo de pressionar a Prefeitura ao cumprimento contratual, poderia ser caracterizada como crime de retenção dolosa do salário, em violação à proteção do salário prevista no art. 7º, X: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”. Acontece que o contrato de emprego entre empresa e trabalhadoras terceirizadas permaneceu vigente, durante todos os períodos de irregularidades no contrato empresa–Prefeitura, sejam os que a empresa classifica como “ocasionais”, sejam os “rotineiros”.

As obrigações jurídicas das trabalhadoras foram cumpridas, durante eventual lapso temporal de inadimplência da Prefeitura com a Empresa A, portanto elas laboraram nas jornadas contratadas, sob subordinação e com continuidade. Em nenhum momento, a empresa concedeu às trabalhadoras qualquer tipo de ressarcimento pelos prejuízos causados, em razão do atraso nos pagamentos. Ela apenas admitiu que os cometeu e informou que, uma vez que regularizado *um* contrato, adimpliu o *outro*. Ou seja, apresenta uma relação de dependência entre os dois contratos, sem a fundamentar explicitamente.

O Procurador do Trabalho, na audiência administrativa, encaminhou juridicamente a situação por meio das seguintes recomendações:

Pelo Procurador do Trabalho foi sugerido à empresa que insira no contracheque esclarecimentos sobre o pagamento do salário-família, bem como das atividades que realizam cada empregado, bem como informe as escolas dos limites das atividades dos empregados vinculados ao contrato. A empresa comprovará no prazo de 60 dias as medidas sugeridas (BRASIL, 2019c).

Um tempo depois, em relatório de arquivamento do Inquérito Civil, o Procurador informa que a empresa apresentou documentação sobre verbas rescisórias e os referidos atrasos, para, depois concluir: “De fato, **na maioria das rescisões anteriores a janeiro de 2019 verificou-se que o pagamento foi tempestivo, excepcionados alguns casos em que houve atrasos de dois ou três dias** (talvez em razão de o prazo ter sido contado em dias úteis)” (BRASIL, 2019c, grifos no original).

Narra o membro do MPT que recebeu, por amostragem, contracheques de trabalhadores do período agosto–dezembro de 2018, pelo que concluiu: “**comprovando que havia o pagamento do salário-família àqueles que possuem tal direito, bem como que houve a efetiva entrega dos contracheques aos seus empregados**” (BRASIL, 2019c, grifos no original).

Também sobre a demanda de que a empresa comunicasse algo sobre as funções das trabalhadoras, o membro do MPT considerou satisfatório o encaminhamento realizado pela empresa: “Em atenção às recomendações oferecidas em audiência, **a empresa comprovou que encaminhou e-mail a todas as Escolas Municipais** com a seguinte orientação (...)” (BRASIL, 2019c, grifos no original)⁴⁴⁶.

Sobre a confissão, pela empresa, de que os supervisores das trabalhadoras não sabiam informar a elas condições contratuais, o Procurador do Trabalho sequer descreve qual seria o problema de não serem prestadas informações contratuais às trabalhadoras por parte da empresa. Aparentemente, não houve distinção pelo membro do MPT entre o contrato entre a empresa e a Prefeitura, por um lado, e o contrato entre empresa e trabalhadoras, por outro.

⁴⁴⁶ A orientação da empresa às escolas, conforme consta no relatório de arquivamento do Inquérito Civil, foi a seguinte: “Reforçamos a orientação no sentido de que os empregados da EMPRESA que prestam serviços nas escolas municipais realizem exclusivamente as atribuições inerentes à função ontratada, conforme os itens 2.4, 2.5 e 2.6 do contrato firmad,o cuja respectiva reprodução acompanha o presente comunicado. Salientamos que a EMPRESA não autoriza ou compactua com qualquer determinação que possa caracterizar acúmulo ou desvio de função. Alertamos que a comprovação de realização de tarefas não interentes à função contratada poderá implicar na responsabilização civil e administrativa do servidor público responsável pela determinação em desacordo com os itens acima indicados” (BRASIL, 2019c).

O Procurador descreve, no seu relatório, que foi justificada a posição da empresa, em razão da instabilidade do contrato empresa–Prefeitura, como se as dúvidas das trabalhadoras fossem a respeito desse contrato, e não do contrato empresa–trabalhadoras: “Ademais, tem-se que ausência de informações sobre o contrato com a SMED decorreu dos atrasos nos pagamentos, o que não era de conhecimento mesmo dos supervisores – não havia qualquer informação sobre quando ocorreriam os pagamentos” (BRASIL, 2019c).

Sobre os atrasos nos pagamentos das verbas rescisórias, o membro do MPT também considera que o atraso no contrato empresa–trabalhadoras se justifica pelo atraso no contrato Prefeitura–empresa: “Quanto aos atrasos no pagamento das verbas rescisórias, ocorreram, ao que tudo indica, unicamente durante os atrasos de repasses do Município de Porto de Alegre, estando já regularizados pela empresa, conforme documentação juntada aos autos relativa aos últimos meses” (BRASIL, 2019c).

A conclusão se baseia em uma documentação fornecida por amostragem, sem explicação no relatório de arquivamento sobre a quantidade de contratos e documentos encaminhados, os métodos de escolha da mostra, sua relevância no interior da totalidade dos contratos entre empresa e trabalhadoras. Além disso, o MPT novamente justifica as lesões contratuais às trabalhadoras com base nas lesões contratuais realizadas pela Prefeitura, no contrato entre esta e a empresa. Salvo melhor juízo, trata-se de uma extensão desarrazoada dos riscos da atividade empresarial para suas trabalhadoras, que mereceria maior investigação e monitoramento.

Em entrevista, uma professora do município, Tânia⁴⁴⁷, de grupo dirigente da ATEMPA (Associação de Trabalhadores em Educação do Município de Porto Alegre), explica que os diversos tipos de contratos de trabalho precários são uma realidade na educação básica do município de Porto Alegre⁴⁴⁸. Pontua que o ano de 2014 foi um marco para o começo das mobilizações das trabalhadoras terceirizadas, inicialmente por conta de salários atrasados e, depois, por receberem notícia do fim do contrato entre Prefeitura e empresa⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Nome fictício, atribuído livremente..

⁴⁴⁸ “Na prefeitura, a gente tem diferentes tipos de contrato, né. É desde o professor contratado, professor concursado, a trabalhadora e o trabalhador terceirizado da cozinha, da limpeza. Não existe mais, são pouquíssimos ainda os concursados na cozinha. Lá na minha escola de vinte e uma, ainda é concursada uma pessoa, a senhora Margarida [nome fictício, atribuído livremente]” (Tânia, em entrevista).

⁴⁴⁹ “Porque a gente começou a perceber que o atraso tava geral e que algo tava estranho, porque tava se ligando pra empresa e não tavam atendendo. Aí isso depois de se bem me lembro uma semana de atraso e tudo mais, já vinham boatos de que o contrato ia acabar. Então as trabalhadoras não sabiam nem o prazo contratual da empresa. Mas já havia boatos de que o contrato ia acabar. O que a gente fez: a gente pediu

Com a falência da empresa, as trabalhadoras não receberam apoio do município ou do sindicato de sua categoria: “(...) ninguém queria se responsabilizar pelas trabalhadoras. Nem a empresa que decretou falência, nem a SMED e, olha que louco, muito menos o sindicato. Então o que aconteceu: nós começamos com um processo de solidariedade entre as profas. e os profes. [do município]” (Tânia, em entrevista). A professora informa como alguns professores e professoras do município realizaram campanha de solidariedade, ainda que nem toda a categoria fosse sensível às demandas das terceirizadas⁴⁵⁰.

Estes mesmos problemas aconteceram “praticamente todo ano”, entre 2014 e 2019⁴⁵¹. Por isso, a rapidez com que foram considerados resolvidos, resultando no arquivamento do caso no Ministério Público do Trabalho, pode ser considerada precipitada, pois manteve inalterada uma situação de vulnerabilidade das trabalhadoras terceirizadas, como logo adiante se confirmou.

Parece possível indicar que o contrato de trabalho das trabalhadoras terceirizadas expressa a tipologia contratual em crise permanente, porque é considerado adequado, comum e aceitável que o contrato possa terminar ou ser suspenso a qualquer momento, por falha da Prefeitura ou da empresa. Esta crescente hostilidade contratual é acompanhada de revoltas e erupções das trabalhadoras.

Um primeiro exemplo é a situação em que 400 trabalhadoras “levaram pelo braço” seu dirigente sindical para os atos públicos na Prefeitura, dada a resistência do sindicalista para fazê-lo espontaneamente. Em uma segunda tentativa de “levá-lo pelo braço”, as trabalhadoras encontraram as portas do sindicato fechadas⁴⁵².

pra um colega nosso que tinha acesso aos processos internos da prefeitura verificar esse contrato. E realmente, né, tava em prazo de acabar. Só que a empresa decretou falência, antes desse prazo acabar” (Tânia, em entrevista).

⁴⁵⁰ “É isso dentro de uma escola é uma coisa muito louca, tem colega que não considera as trabalhadoras terceirizadas... Não é que não considera, mas invisibiliza essas trabalhadoras. Então aqueles que se solidarizavam junto às trabalhadoras terceirizadas, por todo um processo que passou do ‘ai, ela é minha colega’ pro ‘ah, eu preciso me solidarizar com ela’, então esses professores começaram um processo de avisar entre as trabalhadoras das noventa e nove escolas do município que isso estava acontecendo, que a firma estava decretando falência e que elas corriam sério risco de sair com uma mão na frente e outra atrás (...)” (Tânia, em entrevista).

⁴⁵¹ “Desde 2014 a gente vem tocando essa luta, que acontece, dá pra se dizer, quase todo ano. Num ano, que a gente ameaça com mais força antes, acontece um processo de mobilização anterior, principalmente ao final do ano, parece que há tratativas entre SMED e Empresa A que evitam de acontecer algo maior. Principalmente esse lance de 13º e 1/3 de férias, que muitas vezes elas acabam não recebendo antes” (Tânia, em entrevista).

⁴⁵² “Em 2014, a gente chegou a ir no sindicato e buscar o camarada que estava lá pelo braço, num dia, pra levar até a SMED. Pra ele poder representar as trabalhadoras, pra ele poder questionar o que tava acontecendo e ele simplesmente, né, foi carregado pelo braço por uma marcha de mulheres, uma marcha em torno de 400 mulheres, e ele foi carregado na frente, algo muito bizarro. (...) Depois fomos outra vez no sindicato. Porque a gente ligou e disse ‘Ó, nós tamo indo aí buscar o senhor de novo, entendeu? Porque

Um segundo exemplo relata que as trabalhadoras colocaram fogo em seus uniformes de trabalho, em frente à Prefeitura, em forte ato público de repúdio à indignidade a que estavam sendo submetidas: “(...) as gurias levaram os uniformes e disseram: ‘Sôra, nós vamo botá fogo nisso daqui’. Abriram uma roda no meio da rua e meteram fogo nos uniforme, denunciando o que tava sendo a vida delas e exigindo o direito delas” (Tânia, em entrevista).

Apesar desse histórico contundente, ao final do processo, junto ao MPT, não houve garantias de que os direitos das trabalhadoras permaneceriam sendo garantidos de forma ininterrupta, pois a discussão foi aparentemente “resolvida” quando se encaminharam explicações e pequenos ajustes em relação a lesões contratuais do passado. A ausência de qualquer tipo de sanção sobre as lesões contratuais, como já denunciava Coutinho (2013, p. 179), enfraquece a infusão de lei no contrato de trabalho.

As ilegalidades constitucionais do trabalho ajudam a compreender que esta *regulação fraca* possibilita que as ilegalidades do trabalho se estendam no tempo, durante a execução contratual, não se limitando a um “momento” de lesão ou a uma violência externa ao contrato. O Estado de Direito sem os direitos de personalidade no contrato de trabalho se reduz a um Estado de legalidade, para retomar a expressão de Oliveira e Muniz (1980). A violência como constitutiva do contrato de trabalho é uma hostilidade contratual, no sentido estendido da noção de hostilidade social, de Franco (1997), formulado para expressar dimensões ou formas de ser das relações trabalhistas contemporâneas, em diversificação contratual destrutiva.

Arquivado o inquérito em outubro do ano de 2019, em dezembro os problemas voltaram a ocorrer. Algumas entrevistas já estavam agendadas com as terceirizadas e com militante da ATEMPA, por conta desta pesquisa de doutorado. A pedido da ATEMPA, então, acompanharam-se algumas mobilizações e reuniões de trabalhadoras terceirizadas do município, durante duas semanas, em assessoria jurídica que se combinou à observação participante, como método de pesquisa-ação (THIOLLENT, 1994).

As trabalhadoras acessaram a informação de que estava incerta a continuidade do contrato entre Prefeitura e a empresa, ao final de 2019. Pela experiência de anos

se o senhor não vai tá aqui com a gente na luta, a gente vai ter que buscar o senhor de novo’. Daí eles trancaram a porta [do sindicato] e não nos responderam. Então a gente começou a perceber que a gente não tinha o sindicato. Ou que o sindicato não tava na luta em defesa dessas mulheres” (Tânia, em entrevista).

anteriores, elas sabiam que o significado dessa instabilidade poderia ser a falência da empresa e a ausência de pagamentos dos direitos da rescisão contratual. Por isso, em sucessivas manhãs, diferentes grupos de trabalhadoras se dirigiram até a SMED, onde solicitaram informações sobre o contrato.

O Sr. Térreo⁴⁵³, funcionário do setor financeiro da SMED, recebeu trabalhadoras e ATEMPA no saguão do prédio, em uma manhã de sexta-feira. Em resposta a perguntas realizadas pela ATEMPA e por trabalhadoras, o Sr. Térreo informou que “ficassem tranquilas”, pois sabia que elas eram o “pólo mais frágil” da situação e pensava nelas; a SMED, inclusive, teria retido uma parte da verba do contrato com a empresa retida, para eventualmente garantir os direitos da rescisão contratual das trabalhadoras.

Na entrada e na saída da reunião, outro grupo de trabalhadoras entre cinco e dez pessoas chegava ou saía do local, para conversar com o Sr. Térreo. Durante reunião, as perguntas ao Sr. Térreo foram diretas, sobre lesões contratuais variadas, de desvio de função a irregularidades no pagamento. Questionado sobre o contrato entre SMED–Empresa A, o Sr. Térreo informou que o mais provável seria a renovação e que poderia conversar com as trabalhadoras na manhã de segunda-feira sobre o assunto. Este seu compromisso adiava o conflito, por alguns dias.

Nesse mesmo dia, acompanhou-se reunião realizada no Sindicato dos Municipários de Porto Alegre com as trabalhadoras terceirizadas. Cerca de trinta trabalhadoras terceirizadas participaram do espaço, além de professoras do município. A reunião foi coordenada por uma dirigente do sindicato, que oportunizou uma apresentação individual dos presentes e a abertura dos trabalhos a advogado sindical, convocado para prestar solidariedade às terceirizadas.

O operador do direito realizou considerações sobre as lesões contratuais, com excelência técnica e, após, apresentou algumas considerações acerca da impossibilidade de ajuizar ação coletiva para as trabalhadoras. Não há dúvidas de que esta visão é juridicamente correta, pois a estrutura corporativa do sindicato brasileiro, como recepcionada pela Constituição e ainda que alterada pela contrarreforma trabalhista, não

⁴⁵³ Nome fictício, atribuído livremente, em ironia referente à situação de que as trabalhadoras não são recebidas na sala da SMED, que se localiza no sexto andar de um prédio no centro de Porto Alegre. Elas narram que, toda vez que vão à SMED, o segurança e a funcionária do térreo interfonam para a SMED, que orienta as trabalhadoras a aguardarem no saguão, localizado no térreo, onde serão atendidas.

modificou a unicidade sindical e o monopólio da representação. Impossível, portanto, que o advogado de um sindicato ajuíze ação coletiva para outra categoria.

Ato contínuo, o operador do direito disponibilizou o escritório para ajuizamento de ações individuais para as trabalhadoras, em condições contratuais benéficas, idênticas àquelas pelas quais eventualmente ingressaria com ações para municipais. Teceu considerações, como fechamento de sua fala, sobre o cenário mais provável para o próximo período. Na sua avaliação, a empresa viria a falir ou a realizar algum tipo de fraude trabalhista, tendo por consequência que os contratos das trabalhadoras seriam rescindidos.

O raciocínio privilegia a noção de acesso à justiça e seu alto custo no país. Não há dúvida de que é benéfico às trabalhadoras ter assessoria jurídica em valor acessível, para demandar pelos seus direitos, inclusive porque relatam sobre inúmeras situações em que os advogados “não dão mais notícia”, simplesmente “somem”⁴⁵⁴. Ocorre, no entanto, que os contratos ainda estavam plenamente vigentes e havia uma nova reunião indicada pelo Sr. Térreo para a segunda-feira, na qual a SMED iria dialogar novamente com as terceirizadas. Dessa forma, a deliberação das trabalhadoras não acompanhou a posição do advogado. As trabalhadoras decidiram manter a mobilização, solicitando que a assessoria jurídica do SIMPA e da ATEMPA acompanhassem as reuniões.

A rescisão contratual não se confirmou, em nenhuma das duas relações jurídicas, seja aquela entre Prefeitura e Empresa A, seja a que se estabelece entre Empresa A e as trabalhadoras terceirizadas. A visão jurídica, aparentemente, encaminhou como solução uma noção de “luta pelo direito”, no sentido atribuído à expressão por Jhering, ou seja, em solução na qual o exercício de direitos subjetivos corresponde a uma forte noção de defesa de interesse judicialmente. Esta visão limita as possibilidades de ação e organização das trabalhadoras.

⁴⁵⁴ “Essa nossa relação com a justiça é muito complexa, muito esperançosa por parte das trabalhadoras. Ao mesmo tempo, os relatos de advogados que não dão a devida atenção aos casos, ou que não dão mais retorno, ou que nunca mais respondem, isso é muito triste. É necessário [procurar a Justiça], muitas vezes, quando a empresa decreta falência ou quando tu é demitida por justa causa. Acontece muito e coisas bizarras. Tem que ir atrás de um advogado. Mas muitos relatos de muitas trabalhadoras de caras que fogem e não dão mais as caras (...). Ao mesmo tempo isso, assim, quando a gente entrou com o lance no MPT foi com advogados que trabalham na previdência, com advogados que são um escritório que tem um vínculo com a luta, se pode dizer assim. É o escritório que presta serviço pro sindicato da previdência e mais sindicatos que são referência, ainda, pra esquerda no país. Foi o momento em que a gente sentou com eles e elaborou grande parte do documento em conjunto. Foi um movimento muito massa. Quem se prestou a fazer com isso são advogados que têm outro olhar sobre a causa. A gente sentou com eles, escreveu a denúncia, depois foi conversando com mais trabalhadoras e fomos formulando a denúncia” (Tânia, em entrevista).

Os contratos de trabalho em crise, como se pode perceber, não possuem apenas “interesses” ou lados a serem tutelados, mas uma série de obrigações jurídicas inseridas em um desenho institucional desigual e institucionalmente discriminatório. Essas obrigações se renovam processualmente, todos os dias, em uma série de atos jurídicos exercidos no poder-dever do empregador. A preocupação voltada às hostilidades contratuais exigiria um monitoramento jurídico contínuo, e não um encaminhamento pontual para o Judiciário. O não monitoramento pode indicar uma certa naturalização da hostilidade, que só é combatida em casos extremos ou quando possui repercussões econômicas diretas.

Uma segunda visão sobre o problema retira as lentes “jurídicas” e apresenta o olhar de uma trabalhadora sobre seu contrato de trabalho. “Ao ser admitida, no ato da contratação, durante o treinamento ou em algum momento posterior, você recebeu algum tipo de contrato escrito?”. Esta foi a primeira pergunta da maior parte das entrevistas realizadas no processo da investigação da tese. As respostas, de maneira geral, consistiam apenas em: “não, nunca”. As regras contratuais chegam a funcionários mediante ordens ou treinamentos específicos. O contrato se verbaliza e a palavra tem força de lei, mas não toma corpo de instrumento escrito.

No depoimento colhido junto a Alba⁴⁵⁵, uma trabalhadora dos serviços gerais de uma escola pública do município de Porto Alegre/RS, podem-se observar aspectos da intransparência do contrato de trabalho. A obrigação contratual do empregador, consistente no pagamento de salário, é cumprida de forma reticente. Por exemplo, as folhas de pagamento de trabalhadoras terceirizadas, que consistem no recibo descritivo do salário, não são entregues de maneira regular. Descreve a trabalhadora:

Os contracheque é uma folha de ofício aberta, que deixam na secretaria, quando dá na telha eles entregam pra gente. Não é todo mês. Aí tu não sabe o que tá sendo descontado e o que não tá. [...] Aí eles deixam acumular bastante e quando tem bastante eles entregam pra gente. O funcionário teria que receber todos os meses né, até antes, mas não funciona assim (Alba, em entrevista).

Há sete anos no mesmo local de trabalho, Alba narra que empresa de nome diferente a empregava para o mesmo trabalho, mas ressalva que “todo mundo diz que é bem parecido... Os termos tudo. A gente acha que só trocou o nome [das empresas], mas continua os mesmos donos”, ela informa. A primeira empresa, que veio a falir, não

⁴⁵⁵ Nome fictício, atribuído livremente.

pagou as verbas rescisórias de Alba: “Saí com uma mão na frente, outra atrás. Fui correr atrás dos meus direitos, eu não tinha nada depositado de fundo de garantia, nada nada”.

A luta por direitos começou em 2014, como se descreveu antes, quando se teve de “carregar pelo braço” o dirigente sindical duas vezes e, também, colocar fogo em uniformes em frente à Prefeitura, para que pudessem ter suas demandas atendidas, ainda que parcialmente. Desde então, as trabalhadoras inventaram sua forma de lidar com problemas da unicidade sindical e do monopólio da representação: mobilização permanente, exigência de direitos perante a Prefeitura, comunicação por *whatsapp* e comissões de negociação provisórias. Sobre a comissão, narra Tânia:

O que começou a acontecer: tanto as trabalhadoras como a SMED começaram a perceber que o sindicato não representava elas. E o que se cria então? Em todos os processos de mobilização, [cria-se] uma comissão de trabalhadoras. Que por sinal nunca é a mesma. Tem uma ou duas lá que tão sempre junto, mas tipo assim: a comissão nunca é a mesma pra nunca ninguém ficar marcado e não ser demitido. Então foram questões que a gente foi aprendendo com o movimento desde 2014 (Tânia, em entrevista).

Essa forma de representação é, também, uma proteção contra a alta rotatividade do trabalho. Os aprendizados da experiência indicam, inclusive, que quem ser demitida deve tomar a frente dos atos:

As trabalhadoras elas não podem se expor; quem quer ser demitida... sempre tem algumas que querem ser demitidas, elas vão pra frente no movimento. As que não querem, isso no diálogo ali com a Prefeitura (...), o assédio é muito grande (...). A própria SMED parou de querer negociar com o sindicato e a Empresa A nem se fala, (...) começou então a não se procurar mais o sindicato e as negociações serem feitas com essa comissão de trabalhadoras. O sindicato ele serve... servia apenas para dar baixa na carteira das trabalhadoras (Tânia, em entrevista).

Perguntada se havia recebido ao menos 13º proporcional, férias, saldo de salário, a resposta de Alba foi: “não, nada nada. Só sumiram”. Segundo a trabalhadora, “é muito estranho”: “Os funcionários que trabalham lá no lugar, ficou todos, todo mundo. Essa Thaís [nome fictício, gerente] aí também já era da Empresa X [nome fictício, empresa]” (Alba, em entrevista). O assunto, não por acaso, foi o primeiro da entrevista.

Ao começo da manhã, em escola da região da periferia de Porto Alegre, onde as entrevistas haviam sido agendadas, o expediente das trabalhadoras foi cancelado pela empresa, que ordenou que elas fossem à empresa “assinar as férias”. Era 23 de dezembro

de 2019. Na visão de Alba, “eles não tão nem aí pra gente. (...) Não dá pra fazer uma programação de férias, de nada, tu nunca sabe se vai tar férias, se vai receber, o que que tu vai fazer, não dá. Todo final de ano é isso aí” (Alba, em entrevista).

A entrevista, então, realizou-se em automóvel urbano, entre a escola e a empresa, em deslocamento de aproximadamente 40 minutos de distância, em uma espécie de grupo focal, com a presença de funcionária de escola, concursada, de Alba e de Tânia, esta na direção do veículo automotor. No percurso, um dos primeiros temas é o do conteúdo contratual. Perguntada sobre as ordens que recebe e se entende que fazem parte de seu trabalho, a resposta é bastante direta e enfática no sentido de que vive uma situação de desvio de função:

Desvio de função é o que mais tem. O certo eu sou pros serviços gerais né. Mas a gente ajuda a cuidar o recreio, a gente passa café pros professor, a gente cuida o portão, a gente cuida entrada e saída de aluno, a gente lava a louca dos professores. Na realidade os serviços gerais que a gente tem que fazer a gente não faz como tinha que fazer. (...)que seria a limpeza do colégio, tipo limpar as classe, o chão, o vidro, aquelas limpeza, a gente não consegue por causa dos desvios (Alba, em entrevista).

A situação causa perplexidade e poderia ser enquadrada facilmente como de ilegalidade e fraude, passível de responsabilização da empresa prestadora de serviços, a Empresa A, e da Prefeitura. Na terceirização como hoje é compreendida pelo STF, conforme narrado no capítulo anterior, remanesce responsabilidade subsidiária do Estado pelo contrato de trabalho, quando não fiscaliza adequadamente a execução contratual e as condições de trabalho. Ou seja, o Estado poderá ser condenado a indenizar a trabalhadora, caso não fiscalize o contrato e garanta seu cumprimento leal e de boa-fé.

Na situação e considerando que realmente tenham ocorrido os fatos narrados, um primeiro indício a ser colhido, para se verificar se o Estado estava ou não realizando suas obrigações legais, consistiria em observar quem ordena as trabalhadoras a cumprirem ordens fora de suas funções e se o Estado tem algum controle sobre este fluxo organizacional do trabalho. Questionada sobre quem lhe dá ordens para funções diversas da sua função contratual, assim respondeu Alba:

Olha, uma vez o nosso encarregado, um encarregado há muito tempo... disse que a gente é mandado pela escola. Se a gente tiver que carregar tijolo a gente tem que carregar. [*Falou assim, com a maior naturalidade?*⁴⁵⁶] Falou, aham, falou. Que a gente reclamou pra ele

⁴⁵⁶ Em itálico e entre colchetes, as perguntas realizadas na entrevista.

uma época que a gente tava pintando a escola... se fazia parte do nosso serviço a gente pintar a escola? [*Pintar a escola?*] Aham, a gente teve que pintar as grades, as coisas, que a gente pintava. Aí ele disse olha vocês têm que fazer de tudo. Vocês são os serviços gerais. É tudo. Se tiver que mandar carregar tijolo vão carregar tijolo. (...) Aí eu disse bah, mas a meu ver serviços gerais é limpeza, pintura já é com pintor né. [*No horário de trabalho de vocês isso?*] Geralmente na época de férias das crianças (Alba, em entrevista).

Alba narra situações de luta por direitos⁴⁵⁷, discriminação por gênero⁴⁵⁸, não recebimento de verbas durante licença-maternidade⁴⁵⁹ e discriminação religiosa⁴⁶⁰, todas no cotidiano do trabalho. Também Tânia, em sua entrevista, indicou que a divisão de funções entre trabalhadores na empresa terceirizada se submete a uma hierarquia de gênero: “Os encarregados são todos homens. As trabalhadoras na ponta, na limpeza, são mulheres” (Tânia, em entrevista).

Alba entende que o que mais marcou ela foi quando estava grávida e seguia recebendo ordens em desvio de função:

O que me marcou mais foi quando eu tava grávida. Porque às vezes tu tava bem cansada e tinha que ficar carregando uns livro, né, pra cima e pra baixo. Aí tu pedia: "ai, tô cansada, não dá pra outra pessoa fazer?". [Respondiam] "Não, tu tem que ajudar a carregar, tu tem que fazer". Teve uma época que a gente teve que no colégio carregar armário, descer armário, subir armário, até isso a gente fazia. As professoras diziam "ai, não quero esse armário na minha sala". Aí tu tem que ir lá e tirar armário, carregar armário, essas coisas que marca mais a gente. Porque às vezes tu tá que não aguenta mais os braços de cansada de carregar essas coisas (Alba, em entrevista).

Apesar de ser algo que “mais marcou”, é também algo costumeiro. A trabalhadora narra que é muito comum, em especial em janeiro e fevereiro, que sejam

⁴⁵⁷ “Ali na escola, geralmente é eu [que vou nas mobilizações das terceirizadas]. Minhas colega nenhuma querem parar, da limpeza. Aí eu fico sabendo pelos grupo que a Rosa [militante professora do município, da associação de trabalhadores] me colocou e por ela ao vivo mesmo. Quando dá eu vou” (Alba, em entrevista).

⁴⁵⁸ “Tem um José ali que não cumpre horário. Então por que ele chama só a nossa atenção quando a gente não cumpre horário? A gente faz de tudo, quando é época de festa, e coisa, a gente tem que carregar cadeira, mesa, e ele não. Ele é homem. O horário dele é das duas às dez da noite, ele chega quatro horas, quatro e dez. Um dia eu fui falar com o Antônio [nome fictício], o Carlos [nome fictício] nunca vem no horário. Ele respondeu: ‘Cuida do teu horário, que do horário dele sou eu que cuido’. A gente acha que ele tem mais uma preferência pro lado dos homens do que pro nosso lado. Acha que a gente tem que baixar a cabeça. Mas se eu tiver que falar eu falo pra ele. Daí minhas colegas não gostam muito de falar, não falam, abaixam a cabeça e ficam quieta” (Alba, em entrevista).

⁴⁵⁹ “Entreí de férias e ganhei bebê nas férias. Recebi salário e não recebi férias. Aí ficou uma confusão. Eles depositavam de pouquinho em pouquinho, tu não sabia nem o que tinha pegado no final das contas” (Alba, em entrevista).

⁴⁶⁰ “Discriminada por religião no local de trabalho já fui. Questão assim, vou na igreja né. Tenho colegas que são de outras religiões e já debocharam da minha vestimenta, que às vezes eu uso saia, uso vestido, sempre falando né... Umas piadinha...” (Alba, em entrevista).

realizados desvios de função, para reorganização do espaço escolar, pintura, entre outros. Ao mesmo tempo, conta tudo com bom humor. Quase chegando à empresa, comenta: “Sabe o que eu tô pensando: Será que eu tô de férias mesmo? Que eu tô pensando até agora...”.

As duas visões sobre os arranjos contratuais, como se viu, são carregadas de incertezas e vacilações quanto ao conteúdo do contrato. Os horizontes de expectativa lícitos aos contratantes são instáveis, pois incidem ilegalidades do trabalho sobre eles, com impacto de desestabilização. Nesse sentido, a crise contratual é uma situação permanente, na qual se acumulam experiências de liberdades coletivas do trabalho e de comunicação entre as trabalhadoras.

A boa-fé objetiva é instrumento teórico pertinente para a identificação do problema e também insuficiente para a sua resolução, dada a configuração contratual “conforme os costumes do meio”. Ao ser exercitada imaginação sobre o que seriam os “costumes do meio” da terceirização, estes certamente poderiam ser descritos como de insegurança permanente e, portanto, em alguma medida legitimar a ação desigual e combinada de Estado e Empresa A.

O efeito da crise crescente no contrato único, com a alteração da lei pública infundida no instrumento contratual, é o terreno propício para que capital e Estado atuem em conjunto, no interior da “confusão” do contrato, a partir do que “tudo pode”. Ordenam-se a realização de uma série de tarefas proibidas legalmente, como desvio de função, cujo cumprimento aumenta a mais-valia extraída pelo capital sobre o trabalho. Exemplifique-se com a segurança e cuidado das crianças em intervalos, realizada por trabalhadoras de serviços gerais e cozinha. Este trabalho corresponde à função de pedagogas e funcionárias de escola, configurando-se em furto não pago de trabalho sua ordenação às trabalhadoras terceirizadas. Intensifica-se, desse modo, a exploração do trabalho.

Também a espoliação contratual se efetiva, quando o próprio direito a regras no contrato é subtraído, com o não recebimento, pelas trabalhadoras, de direitos em tese indisponíveis e de ordem pública. Exemplificaram-se situações de não recebimento de folhas de pagamento, de ausência compulsória de representação sindical, ausência de direito a receber informações sobre o próprio contrato e também impossibilidade de planejamento de vida com base na expectativa de direitos contratuais e constitucionais, como férias e décimo terceiro. Não houve encaminhamentos que assegurassem o monitoramento da execução contratual e a deslealdade no cumprimento das regras

referentes ao salário foi considerada como elemento aceitável, em uma elástica normalidade contratual.

Uma primeira característica observável nesta contratualidade espoliativa é a transferência, do Estado para as empresas, do poder de editar ilegalidades constitucionais do trabalho. O Estado também transfere suas receitas financeiras e, portanto, sua materialidade, a empresas privadas. Nesse sentido, o Estado impede que as trabalhadoras organizem juridicamente um sindicato realmente representativo e as obriga a ter de agir contra a representação oficial, leia-se imposta legalmente, ou instituir continuamente representações provisórias, cuja legitimidade o Estado não pode rejeitar, sob pena de impedir negociações coletivas e manter o conflito aberto.

Ocorre informalmente a instituição precária de uma autonomia coletiva variável e rotativa, no interior de uma regulação pública do trabalho que não é mais eficiente, pois permanece “custosa” para o Estado. É o Estado quem remunera, ainda que indiretamente, as trabalhadoras terceirizadas, por meio do contrato Estado–Empresa A. Este mesmo contrato prevê o pagamento pela gestão do trabalho, realizado pelas empresas.

Eis um primeiro encontro entre o Estado-firma e o Estado-terapêutico da relação capital-trabalho, observável em contratos de trabalho. A reordenação público-privado não realiza um colapso das regras do trabalho ou uma economia razoável de fundo público, mas uma nova normatização. O Estado *não aparece* no contrato entre Empresa A e trabalhadoras, mas atua como financiador do capital e como coautor de ilegalidades, como o desvio de função e os atrasos em pagamentos, em arranjo contratual com impacto discriminatório sobre mulheres, que conformam a extrema maioria da categoria de trabalhadoras.

b) TST e contratos híbridos: duas limitações

Porque não foi extinto, mas ampliado seletivamente, o Direito do Trabalho manteve princípios protetivos e bordas da ilegalidade, cuja ultrapassagem é vedada pelo ordenamento jurídico. Os Ministros se deparam com a hibridização contratual e delineiam traços dessas bordas, pois a infusão de lei pública na norma se apresenta inferior a um patamar estabelecido como padrão, anteriormente. Transmutam-se as

bordas da ilegalidade, abstrata e concretamente⁴⁶¹. Dois precedentes judiciais recentes ajudam a visualizar o problema e indicar considerações críticas.

No centro das controvérsias judiciais, a saúde do trabalho e a subordinação jurídica, o corpo discriminado e o poder, os primeiros considerados ora bens jurídicos disponíveis à circulação, ora bens jurídicos indisponíveis. Em outras palavras, seu desenho institucional “dentro” ou “fora” das bordas da ilegalidade está em disputa, no interior do processo de hibridização dos arranjos contratuais.

O primeiro precedente analisado nesta subseção cuida da autonomia coletiva e remonta à reinvenção do corporativismo, no âmbito de decisão do TST no ano de 2018. Discute-se a fórmula jurídica da prevalência do contrato coletivo sobre a lei federal e sobre o contrato individual, como estabelecida pelo RE 590.415/SC, antes analisado (BRASIL, 2015a; BRASIL, 2016b) e, a seguir, reafirmada no RE 895.759/PE (BRASIL, 2016a), ambos julgados pelo STF.

No RE 895.759/PE, o Supremo decidiu pela validade de uma transação jurídica trabalhista⁴⁶², diferenciando-a da renúncia e validando que horas *in itinere*, antes recebidas no montante de 2h30 como integrantes regulares da jornada de trabalho de trabalhadoras e trabalhadores, fossem suprimidas. Na *transação* realizada, a contrapartida negociada foi o fornecimento extraordinário de cesta básica, seguro de vida e acidentes, abono anual, salário-família, repositivo energético e tabela progressiva de produção (BRASIL, 2016a, p. 08).

⁴⁶¹ A referência a noções de “abstrato” e “concreto”, neste caso, concerne ao tipo de controle de constitucionalidade estabelecido. Quando se trata de controle abstrato de constitucionalidade, como no primeiro dos casos, referente às gestantes em ambientes insalubres, não há “partes” processuais diretamente envolvidas. Ou seja, trata-se de situação em que se analisa a compatibilidade do dispositivo legal com a ordem constitucional, quando o Supremo atua como “guardião” da Constituição, em sentido normativo. O controle concreto de constitucionalidade, por outro lado, realiza-se incidentalmente, no bojo de um processo judicial que envolve trabalhadores e empregadores reais, que disputam o sentido da norma para a sua aplicação na relação de trabalho existente. É o caso, por exemplo, de um trabalhador gari que busca seus direitos no Judiciário trabalhista, com o objetivo de ver afastada norma coletiva que lhe reduz a percepção do adicional de insalubridade no conjunto do seu salário. Analisam-se casos de controle abstrato e concreto de constitucionalidade, pois ambos consubstanciam documentos jurídicos relevantes para a compreensão das bordas da ilegalidade.

⁴⁶² No RE 895.759, o Ministro Teori Zavascki diferencia transação e renúncia, afirmando que a renúncia não é autorizada pela jurisprudência do STF. Comentando precedente em que afastada norma coletiva que fundamentava renúncia de direitos, relata Zavascki “No julgamento desse recurso, analisou-se hipótese em que contestada a validade de disposição de norma coletiva de trabalho que, sem conferir qualquer vantagem aos trabalhadores, prefixou as horas *in itinere* em montante muito inferior ao tempo médio efetivamente despendido no trajeto ao local de trabalho. O caso então analisado não se confunde com o quadro verificado nestes autos, em que o cômputo das horas *in itinere* foi transacionado por outras vantagens concedidas aos trabalhadores” (BRASIL, 2016a, p. 12).

Ao comentar diferenças entre o RE 590.415/SC e o RE 895.759/PE, Godinho Delgado (2019) afirma que neste último houve invasão da esfera de direito individual e social fundamental. Refere-se a uma regulação “por regra imperativa heterônoma do Estado, pois horas *in itinere* são parte integrante da jornada de trabalho, tendo assento na Constituição da República (art. 7º, XIII) e na própria Consolidação das Leis do Trabalho (art. 58, §§2º e 3º)” (DELGADO, 2019, p. 1584).

No caso julgado pelo STF, o sindicato patronal acordou vantagens extraordinárias, ao invés de pagar mensalmente, de forma regular, o preço da força de trabalho, inclusas as horas *in itinere*. A decisão de Embargos de Declaração sobre o acórdão do RE 590.415/SC, o Caso BESC, o Ministro Barroso afirmou que é necessário “(...) assegurar a credibilidade de tais planos [de demissão voluntária], a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso.” (BRASIL, 2016b, p. 04)⁴⁶³. Realizado o cálculo, estabelecido o contrato, o papel do Estado é assegurar o cumprimento da transmutação das bordas da ilegalidade contratual. É esta lógica que aproxima os dois julgados do STF do julgado do TST, que ora se apresenta.

Um arranjo de desproteção permitido pela contratualidade híbrida legalizou a possibilidade de restrição do enquadramento do valor do adicional de insalubridade, devido por lei a trabalhadores e trabalhadoras. Essa cláusula foi negociada em Convenção Coletiva celebrada entre o Sindicato dos Empregados de Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Pública e Ambiental, Coleta de Lixo e similares do estado de Goiás (SEACONS-GO) e o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Urbana e Terceirização de Mão-de-obra do estado de Goiás (SEAC-GO), protocolada no MTE em 16 de fevereiro de 2012 e registrada no Ministério do Trabalho e Emprego sob o número GO000105/2012⁴⁶⁴.

Desde então, a Convenção Coletiva produziu efeitos e restringiu direitos de trabalhadores. Na cláusula décima terceira, a CCT dispõe sobre o adicional de insalubridade:

Fica assegurado aos empregados, conforme de praxe, o pagamento do adicional de insalubridade, tendo como base de cálculo o salário profissional, sendo em grau máximo 40% (quarenta por cento) para os coletores de lixo e em grau médio 20% (vinte por cento), aos

⁴⁶³ O julgamento do Caso BESC se realizou no ano de 2015 e, por isso, seu acórdão foi citado por esta data. O julgamento realizado nos Embargos de Declaração no Caso BESC é uma nova decisão judicial e, por isso, é citada no seu ano de julgamento, qual seja, 2016.

⁴⁶⁴ A Convenção Coletiva tem como número de solicitação e número do processo, respectivamente, os seguintes: MR008465/2012 e 46208.000997/2012-14.

varredores de logradouros públicos e para os jardineiros grau mínimo, ou seja, 10 % (dez por cento).

Em contraposição a esta restrição de direitos, um trabalhador ingressou com Reclamatória Trabalhista, pedindo a declaração de nulidade da norma coletiva e a condenação ao pagamento do adicional em grau máximo, e não no grau médio, em que havia sido enquadrado. Trata-se do Recurso de Revista n. 11179-53.2017.5.18.0051, julgado em 2018.

No primeiro grau de jurisdição, a empresa contestou, com base no diploma normativo coletivo, que o trabalhador não teria direito ao grau máximo de insalubridade, pois exercia a função de auxiliar de limpeza, "(...) tendo como única e exclusiva atividade laborar na varrição e limpeza de parques na cidade de Anápolis, sem ter qualquer contato direto com agentes insalubres/lixo industrializado". A reclamada também afirmou que "regularmente eram fornecidos e cobrada a utilização de todos os EPI's necessários para o exercício do labor efetuado pela Reclamante" (BRASIL, 2018f).

A perícia técnica, convocada para opinar no processo, concluiu pela exposição ao agente nocivo e pela convicção técnica da necessidade de pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, como previsto no Anexo 14 da Norma Regulamentar 15, referente ao trabalho em contato permanente com "lixo urbano (coleta e industrialização)".

Em sua decisão judicial, o Juiz do Trabalho Luiz E. D. Paraguassu afastou a incidência da norma coletiva, com fundamento na consideração de que o tema saúde e segurança do trabalho é infenso à negociação coletiva, e julgou procedente o pedido do trabalhador, para condenar a empresa ao pagamento das diferenças resultantes do enquadramento da insalubridade no grau máximo, com os devidos reflexos⁴⁶⁵.

Recorreu a empresa ao Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Goiás). A razão de decidir do TRT-18 teve como fundamento jurídico o princípio da autonomia coletiva e reivindicou os precedentes judiciais do Supremo antes mencionados. Faz isso citando longo trecho de acórdão do TRT da 10ª Região (Distrito Federal e Tocantins), no julgamento do Recurso Ordinário 0011571-58.2015.5.18.0052:

⁴⁶⁵ Assim decide o magistrado, no dispositivo da sentença: "Face ao exposto, homologo a renúncia do obreiro quanto ao pedido de indenização por danos morais, extinguindo o processo com resolução do mérito nesse particular (art. 487, III, "c" do CPC c/c art. 769 da CLT) e julgo procedente o pedido para condenar a reclamada CONSÓRCIO GC AMBIENTAL a pagar à parte reclamante ERMÍNIO LOPES MARTINS, em 48 horas a partir do trânsito em julgado dessa sentença, nos termos da fundamentação, que integra o presente dispositivo, diferenças do adicional de insalubridade e reflexos em férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%" (BRASIL, 2018f).

Saliento que o Excelso STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 895.759, de relatoria do Exmo. Ministro Teori Zavascki, considerou válida norma coletiva que restringe ou suprime direitos do trabalhador referentes às horas, prestigiando o princípio constitucional da autonomia in itinere da vontade coletiva, conforme trecho da decisão abaixo transcrito:

'O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a ratio adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho.

Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela

celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.' (RE 895.759, Rel. Teori Zavascki, DJe 13.09.2016).

O Exmo Min. Roberto Barroso, relator do RE nº 590.415, destacou que a relação pautada na assimetria de poder entre os sujeitos do contrato individual do trabalho não se estende ao direito coletivo do trabalho, que emergiu forte com a Constituição Federal de 1988, prevalecendo a autonomia da vontade coletiva.

O Exmo. Ministro Barroso assevera que o direito coletivo do trabalho, em virtude de suas particularidades, é regido por princípios próprios, dentre os quais se destaca o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, que impõe o tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos - empregador e categoria de empregados.

De fato, o artigo 7º, XXVI, da CF/88 erigiu as convenções e acordos coletivos de trabalho a um patamar superior, garantindo o reconhecimento do que neles for pactuado.

Sendo assim, as normas coletivas devem ser valorizadas, uma vez que decorrem da autocomposição da vontade das categorias profissional e econômica envolvidas. Ressalto que na celebração de acordos ou convenções coletivas não subsiste a hipossuficiência do trabalhador, visto que este encontra-se representado pelo sindicato de sua categoria, que, em igualdade de condições, negocia direitos e deveres a serem observados pelas partes.

Visto que o Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição, vem se posicionando no sentido de conferir validade às normas coletivas livremente pactuadas, depreendo que referido entendimento deve ser seguido, pois valoriza uma garantia constitucional que contribui para a renovação e evolução do direito do trabalho (BRASIL, 2018b).

Após a citação, a Ministra Iara Reixeira Rios, Relatora da Segunda Turma do TRT da 18ª Região, limita-se a afirmar sobre o tema: “Dou provimento”, sem maiores fundamentações sobre o ponto. A decisão do TRT-18 fornecia validade a convenções coletivas que haviam vigorado por dois anos, entre janeiro de 2012 e dezembro de 2013, e estabeleciam um enquadramento do adicional de insalubridade em porcentagem inferior à prevista em lei. Manteve-se no TRT-18, observado de perto, a condenação da primeira decisão judicial, para obrigar a empresa ao pagamento das diferenças entre o

adicional de insalubridade previsto em lei e aquele efetivamente pago, em todos os demais períodos⁴⁶⁶.

Inconformado com o acórdão, o trabalhador recorreu, mediante Recurso de Revista, ao TST. No desenvolvimento do seu voto no TST, o Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro descreve a demanda do trabalhador-recorrente e, entre as causas de pedir, cita a ausência de contrapartida na norma coletiva, que tornaria a cláusula de enquadramento da insalubridade uma transação, e não uma renúncia:

O recorrente sustenta que, em decorrência do exercício das atividades de varrição de ruas e de coleta de lixo urbano, faz jus a adicional de insalubridade em grau máximo. Diz que, sob o pretexto de atenção às normas coletivas, o reclamado lhe pagava adicional de insalubridade em grau médio. Alega não ser possível a negociação coletiva para supressão de direitos relacionados à saúde e segurança do trabalhador. Afirma não ter sido registrada pelo Regional qualquer contrapartida benéfica. Transcreve arestos para demonstração de divergência jurisprudencial. Indica violação dos arts. 7º, caput, XXII, XXIII e XXVI, da Constituição da República e 192 da CLT (BRASIL, 2018f, p. 02, grifos nossos).

O pagamento de adicional de insalubridade, no lugar da preservação plena da saúde da trabalhadora e do trabalhador, configura uma monetização indevida da pessoa que trabalha. Este raciocínio já foi desenvolvido por Guilherme Guimarães Feliciano e Olívia Figueiredo Pasqualetto (2017), em reflexão sobre o meio ambiente de trabalho⁴⁶⁷, quando desenvolvem o tratamento jurídico e os estudos sobre saúde e a segurança do trabalho “não são reduzidos a discussões mesquinhas sobre adicional de insalubridade e periculosidade” (FELICIANO; PASQUALETO, 2017, p. 165).

⁴⁶⁶ “Contudo, a única CCT juntada aos autos vigorou de 01/01/2012 a 31/12/2013, não abrangendo todo o pacto laboral do reclamante, que perdurou de 10/07/2012 a 21/03/2017. Dessa forma, data venia, **dou parcial provimento** para declarar a validade da norma coletiva e extirpar a condenação de pagamento de diferenças de adicional de insalubridade apenas no período em que ela produziu seus efeitos (01/01/2012 a 31/12/2013)” (BRASIL, 2018, grifos no original).

⁴⁶⁷ A definição de meio ambiente de trabalho, como lembram Feliciano e Pasqualetto (2017), foi estipulada legalmente pela Política Nacional de Meio Ambiente, Lei 6.938/1981, em seu art. 3º, I: “Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Esta definição, no entanto, possui duas limitações: (a) define-o como um conjunto, e não como um sistema, o que impede observar a “relação de interdependência e interconexão entre os elementos coexistentes” (FELICIANO; PASQUALETO, 2017, p. 166); e (b) “não inclui no conceito apresentado as interações de ordem psicossociais que interferem no meio ambiente” (FELICIANO; PASQUALETO, 2017, p. 166). Em definição mais precisa, caracterizam os autores: “o meio ambiente pode ser compreendido como um sistema de elementos que circundam todas as formas de vida, inclusive a humana, impactando e sendo impactado por elas, as quais também são partes integrantes desse sistema” (FELICIANO; PASQUALETO, 2017, p. 166).

Na verdade, a hibridização contratual pode ser vista como uma dimensão do avanço da “sociedade dos adoecimentos do trabalho” (ANTUNES, 2018), em que progressivamente se farão perceber, na Justiça do Trabalho, os efeitos não da monetização da saúde, mas de sua violação permanente por contratos híbridos, que permitem diferentes arranjos de desproteção do ambiente laboral. Sebastião de Oliveira (2007) fez comentário similar, a respeito da mudança de percepção que seria gerada pela Emenda Constitucional 45/2004, que albergou sob a competência da Justiça do Trabalho os dissídios individuais cujo objeto fossem acidentes de trabalho.

Para o autor, os operadores do Direito Laboral eram muito acostumados a discussões sobre o risco monetizável, em adicionais, horas extras, tabelas de agentes nocivos, eficiência de equipamentos de proteção etc., e era chegado o momento de conviver com os efeitos, as vítimas, a doença propriamente: "(...) conhecíamos muito dos riscos e quase nada dos efeitos; conhecíamos os agentes nocivos, mas não víamos as suas vítimas. A nossa realidade palpável era somente o risco monetizado, porquanto a doença ocupacional ou o acidente do trabalho ficava tão-somente no campo das possibilidades" (OLIVEIRA, 2007, p. 107).

Pode-se observar, em uma adaptação deste argumento à análise do contrato de trabalho híbrido, que o atual costume de observação da “fraude” ao contrato de emprego será progressivamente substituído pela observação minuciosa de cláusulas contratuais, como aquela que limitou o tempo de validade da norma coletiva e, mais precisamente, a que diferencia renúncia e transação.

A reinvenção do corporativismo carrega seus próprios paradoxos. Os sindicatos, com imposição de representação e proibição de pluralismo associativo, veem-se forçados à negociação coletiva para sua sobrevivência, com o exemplo antes mencionado, a respeito da possibilidade de instituição de sistema de custeio autonomamente. Como se disse, houve enfraquecimento substantivo do sistema de custeio sindical, com o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical (CLT, art. 545 e 578).

A dependência econômica de parte das entidades sindicais passou do Estado à negociação coletiva. Nesse caso, o Estado efetivamente saiu de cena, exceto para propor, sem maiores disfarces, a política que entende necessária à renovação do corporativismo (CLT, art. 611-A). Mesmo quando sai de cena em uma perspectiva protetiva, portanto, o Estado amplia, expande seu poder de ilegalidade, do qual o sindicato passa a ser portador legítimo, para sítiar a personalidade.

A recuperação da centralidade à autonomia coletiva não é uma viagem ao passado ou um retorno ao controle estatal dos sindicatos, mas um novo papel para as ilegalidades do trabalho, cujas bordas se modificam na negociação coletiva. Em poucas palavras, a atualização conservadora do Direito Coletivo do Trabalho condiciona a sobrevivência das entidades sindicais à lógica da negociação regressiva de direitos.

Não se pode dizer que foi uma lógica negocial que levou o SEACONS-GO a celebrar a cláusula com enquadramento regressivo para parte dos trabalhadores da limpeza urbana. A avaliação dos objetivos do sindicato exigiria maior investigação empírica. Ainda que não necessariamente orientada pela lógica negocial, o fato é que a cláusula da CCT não consubstanciou uma boa negociação. A razão de decidir do TST fundamentou-se na ausência de sinais de contrapartida à restrição no enquadramento da insalubridade e, portanto, declarou que não houve transação, e sim renúncia de direitos. Estabelece o julgado:

Quanto ao mais, a norma inserida no art. 192 da CLT é de ordem pública e de caráter tutelar, porque busca o resguardo das condições de saúde do trabalhador, ante os riscos inerentes ao trabalho realizado em condições insalubres. Assim, a previsão normativa que restringe a sua aplicação somente seria válida se prevista contrapartida benéfica, o que não foi registrado pelo Regional. Inválida, portanto, a cláusula normativa que determina o pagamento de adicional de insalubridade em grau médio a empregados expostos ao agente insalubre em grau máximo (BRASIL, 2018f).

Tem-se, pois, uma decisão favorável ao trabalhador, mas que deixa claro seus limites. O direito à saúde não é declarado indisponível, ainda que sejam realizadas considerações sobre cuidar-se de dispositivo normativo de ordem pública e caráter tutelar. O Tribunal Superior do Trabalho reafirma a negociação de direitos e a lógica transacional como regra, sem limites ao objeto da transação. A segunda limitação à liberdade contratual coletiva consiste na necessidade de contrapartida verificável no instrumento coletivo, tendo-se legalizado a transação de direitos, e não sua renúncia.

Um segundo caso analisado se constitui de um conjunto de documentos jurídicos que analisam a complexa regulação recente da terceirização no Brasil. Abordado no capítulo anterior o Recurso Extraordinário 760.931, julgado em 30 de março de 2017, as marchas e contramarchas do fluxo normativo a respeito do tema exigiram novas manifestações de magistrados, do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Os documentos jurídicos que serão analisados neste segundo grupo de limitações à hibridização contratual são o acórdão do STF referente ao julgamento da ADPF 324, o acórdão do TST referente ao julgamento do Recurso de Revista 62900-79.2007.5.09.0072 e o Decreto 9.507 de 2018, do Poder Executivo, todos posteriores às Leis 13.429/2017 e 13.467/2017.

A Lei 13.429/2017, publicada em 31 de março de 2017, permitiu a terceirização da atividade-fim, mas não como se esperava. O diploma normativo autoriza a terceirização no âmbito dos contratos temporários. Acontece que isso já era lícito; o problema era a limitação da possibilidade à modalidade contratual temporária, sem igual permissão para a modalidade contratual de prazo indeterminado. Sanou-se a lacuna, então, com a Lei 13.467/2017, publicada em 13 julho de 2017, na qual se permitiu a terceirização da atividade-fim em qualquer modalidade de contratação⁴⁶⁸.

As datas de publicação merecem uma atenção especial. Uma das leis foi publicada em 31 de março e outra em 13 de julho, com vigência desde novembro daquele ano. Antes disso, conforme analisado no Capítulo 2, o Supremo já havia decidido pela liberação da terceirização da atividade-fim, com o julgamento do RE 760.931 em 30 de março de 2017. A reforma antes da reforma legalizou a terceirização ampla e irrestrita, ao suprimir a validade constitucional da diferenciação entre atividade-fim e atividade meio.

O principal argumento utilizado pelos Ministros do STF foi de que a eficiência exige que o “objeto social” da empresa possa ser modificado constantemente e prestado por qualquer outra empresa, em razão de divisão de tarefas ou especialização. Negou-se que a subcontratação, em si, possa ser caracterizada como reveladora de fraude, pois se constituiria apenas como uma estratégia de configuração das empresas, “incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência” (BRASIL, 2017, p. 02).

Os fatos seguem e, após tornado constitucional o “Estado-firma” e narrado na ementa do acórdão o objetivo da organização empresarial, de “reproduzir distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma”, restou recomendado à República que repensasse os benefícios empresariais da terceirização, como os “custos de transação” que ofereçam maior produção e menor desperdício. São eles, como elencado anteriormente, aprendizado, escala, escopo, cálculo, precificação, competição, custos,

⁴⁶⁸ Para uma abordagem crítica sobre a terceirização nos diplomas normativos de 2017, vejam-se Marco Aurélio Serau Jr. (2018) e, nesta obra, Mello e Ferreira (2018).

menor alavancagem operacional e complexidade organizacional, diminuição da exposição a riscos e oscilações etc. (BRASIL, 2017b, p. 02 e 03).

No âmbito do Poder Executivo, foi editado o Decreto 9.507/2018, que em seu artigo 1º estabelece o objeto regulado, qual seja, “a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”. No seu artigo 3º, são apresentadas vedações à contratação terceirizada na administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

No lugar da distinção entre atividade-meio e atividade-fim, o Poder Executivo decidiu adotar uma distinção entre “serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios”, por um lado, e “responsabilidade para a realização de atos administrativos ou tomada de decisão”, por outro lado. A nova carne é comida com os velhos garfos⁴⁶⁹... A solução constitucional, portanto, tem como pressuposto uma maior segmentação do mundo do trabalho: terceirizar, crescentemente. Para quem remanesce no regime bilateral de emprego, deixar claro que possui “responsabilidade” sobre os atos que realiza.

Apesar desta primeira limitação à terceirização, o Poder Judiciário unificou os fundamentos e interesses das classes dominantes, com uma nova permissão constitucional para ilegalidades do trabalho, que foram regulamentadas em duas leis ao

⁴⁶⁹ Referência ao poema de Brecht, citado também nos agradecimentos, denominado “As novas eras”: “As novas eras não começam de uma vez./ Meu avô viveu já nos novos tempos/ Meu neto com certeza/ viverá ainda nos velhos./ A carne nova é comida com os velhos garfos./ Não foram os veículos motorizados/ Nem os tanques/ Não foram os aviões sobre nossos tetos/ Nem os bombardeiros./ Das novas antenas vieram as velhas bobagens./ A sabedoria distribuiu-se de boca em boca”.

longo do ano de 2017. Do ritmo acelerado desse fluxo normativo, pode-se concluir que a burguesia tinha pressa, mas o conteúdo das normas revelou articulação e precisão técnica precárias e ambíguas. A permissão constitucional do STF (RE 760.931, de 2017) e a edição de duas leis ordinárias (Lei 13.429/2017 e Lei 13.467/2017) sobre o tema não foram suficientes, pois restava pendente a discussão sobre a aplicabilidade da liberação da atividade-fim aos contratos anteriores à contrarreforma trabalhista.

Esta discussão, então, foi realizada no STF e, depois, no TST, por meio da ADPF 324 e do RR 62900-79.2007.5.09.0072. A ADPF 324 tem como requerente a Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG) e como *amici curiae* diversas entidades sindicais e associativas, representantes de trabalhadores, empregadores e membros de instituições públicas, como a Confederação Nacional da Indústria (CNI), a Central Brasileira do Setor de Serviços (CEBRASSE), a Confederação Nacional de Serviços (CNS), a Associação Brasileira de Telesserviços (ABT), o Sindicato dos Empregados em Empresas Prestadoras de Serviços a Terceiros, Colocação e Administração de Mão de Obra, Trabalho Temporário, Leitura de Medidores e Entrega de Avisos do Estado de São Paulo (SINDEEPRES), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Força Sindical (FS), a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB) e a Nova Central Sindical dos Trabalhadores (NCST).

Na ADPF 324, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da terceirização da atividade-fim *inclusive para contratos anteriores* à contrarreforma trabalhista⁴⁷⁰. A ementa do acórdão caracteriza a terceirização de atividades-meio e atividades-fim como “liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade” (BRASIL, 2019j, p. 02). A liberdade seria amparada nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, pois “A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede

⁴⁷⁰ No voto do Ministro Luiz Fux, a posição da maioria é explícita: “Entendo que a mesma solução deve ser aplicável para relações jurídicas anteriores ao advento da reforma trabalhista, ou seja, preexistentes à Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017. Estabelecido que a terceirização é compatível com a Carta Magna e protegida pelos seus artigos 1º, IV, 5º, II, e 170, os quais arantem a livre iniciativa e a liberdade contratual, sendo insubsistente a Súmula n.º 331 do TST, deve-se aplicar a solução da reforma trabalhista aos casos pretéritos, a fim de evitar um vácuo normativo quanto à matéria. Por essa razão, também quanto a fatos pretéritos se impõe a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta, na forma do art. 31 da Lei n.º 8.212/93. Em contrapartida, afasto a imposição à contratante do dever de fiscalização da capacidade financeira da contratada, por ausência de previsão legal” (BRASIL, 2019, p. 167).

o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização” (BRASIL, 2019j, p. 02).

Com base nesse entendimento, há explícita crítica à jurisprudência trabalhista, que é qualificada como “oscilante”, por supostamente não estabelecer “critérios e condições claras e objetivas [sobre a terceirização,] que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisariam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade” (BRASIL, 2019j, p. 02). Importante defesa da jurisprudência trabalhista é realizada pela Ministra Rosa Weber⁴⁷¹.

Constrói-se, pela maioria⁴⁷², entendimento de que a terceirização, em si, não caracteriza fraude, mas apenas configura ilicitude seu “exercício abusivo”. Ao avançar sobre a definição do que seja um exercício abusivo de contratação terceirizada, afirma-se a necessidade de observação das normas constitucionais de tutela de trabalhadoras e trabalhadores, prescrevendo-se como dever da empresa tomadora de serviços as seguintes obrigações jurídicas: “i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias” (BRASIL, 2019j, p. 03).

Pela força normativa do entendimento constitucional emanado pelo Supremo, a Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho determinou que, no RR 62900-79.2007.5.09.0072, o TST verificasse a necessidade de retratação de seu entendimento, para deixar de constituir vínculo de emprego entre trabalhador terceirizado e empresa de telefonia que, em tese, seria “tomadora de serviços” do trabalhador terceirizado, antes da realização do julgamento⁴⁷³.

⁴⁷¹ Por exemplo, relembra a Ministra: “Pontuo aqui que a Súmula 331 do TST não nasceu de geração espontânea. É o resultado de longo processo de consolidação da jurisprudência trabalhista – mais de 30 anos de jurisprudência trabalhista – na adequação entre as normas de proteção ao trabalho e a realidade cotidiana da intermediação de mão de obra por meio de pessoa interposta. Desde 1986 a Súmula 256/TST, de iniciativa do Ministro Marco Aurélio, à época Ministro daquela Casa, já dispunha sobre a limitação da terceirização ao trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83)” (BRASIL, 2019j, p. 213). O Enunciado 256 dispunha que: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços” (BRASIL, 2019j, p. 226).

⁴⁷² Restaram vencidos, na votação, a Ministra Rosa Weber, já citada, e os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski.

⁴⁷³ Determinou o Vice-Presidente do TST que, tendo em vista que “o acórdão recorrido [versa] sobre questão atinente a tema cuja repercussão geral foi reconhecida, com tese de mérito firmada pelo Supremo Tribunal Federal”, determina-se “o encaminhamento dos autos ao órgão fracionário prolator da decisão recorrida nestes autos, a fim de que se manifeste, nos termos do art. 1.030, II do CPC, sobre a necessidade ou não de exercer eventual juízo de retratação da decisão então proferida por aquele colegiado” (BRASIL, 2019i, p. 02).

Não houve retratação do Tribunal Superior do Trabalho, que decidiu pela manutenção da constituição de vínculo de emprego entre a empresa tomadora de serviços e o trabalhador antes terceirizado. Entre as provas colhidas no Tribunal Regional do Trabalho, citadas no acórdão do TST, verifica-se a longa duração do contrato, sem alterações, entre 1968 e 1999. A partir de 2001, o trabalhador tem a CTPS assinada por outras quatro empresas⁴⁷⁴.

O próprio representante da empresa, em audiência, revelou desconhecimento sobre “(...) quem era o verdadeiro empregador do autor, aliado ao fato de que toda a prestação de serviços se dava nas dependências da primeira reclamada e nos mesmos moldes como ocorreu na contratação vigente até o ano de 1999” (BRASIL, 2019i, p. 05). Este depoimento foi central para a caracterização da relação de emprego com a empresa tomadora de serviços, pois o trabalhador “prestava serviços diretamente [para esta empresa], utilizando-se do espaço e equipamentos desta, nos mesmos moldes que antes fazia, quando era diretamente contratado pela primeira ré até o ano de 1999” (BRASIL, 2019i, p. 04).

A ausência de juízo de retratação pelo TST teve como fundamento uma distinção fático-jurídica (*distinguishing*) estabelecida pela Corte trabalhista, em relação à tese fixada pelo Supremo. A razão de decidir é a presença de subordinação entre o trabalhador e a empresa de teleatendimento:

(...) verifica-se distinção fático-jurídica (*distinguishing*) em relação à tese ali fixada, uma vez que o reconhecimento do vínculo de emprego não resultou do apenas do labor do autor em atividade-fim da tomadora dos serviços, mas da constatação da ‘presença de subordinação do autor em face da primeira ré, para quem prestava serviços diretamente, utilizando-se do espaço e equipamentos desta, nos mesmos moldes que antes fazia, quando era diretamente contratado pela primeira ré até o ano de 1999’ (BRASIL, 2019i, p. 03, grifos no original).

(...) Constata-se, assim, que o caso dos autos não se amolda à hipótese dirimida pelo STF, razão pela qual não há retratação a ser feita nos moldes do art. 1039 do CPC/2015 (art. 543-B, § 3º, CPC/73). Com efeito, porque se extrai do acórdão regional que o reclamante se ativou efetivamente como empregado da tomadora dos serviços, submetendo-se diretamente a suas ordens, torna-se lícito reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a empresa. Impõe-se, nesse contexto, **a manutenção do acórdão em que não conhecido o recurso de revista da primeira reclamada**. (BRASIL, 2019i, p. 09, grifos no original).

⁴⁷⁴ “A cópia da carteira de trabalho trazida à fl. 23 demonstra a contratação do autor pela primeira ré no ano de 1968, relação que perdurou até 09-02-1999. No ano de 2001 o autor teve sua CTPS anotada pela segunda ré, no ano de 2003 pela terceira, no ano de 2004 pela quarta e finalmente pela quinta reclamada em abril/2006” (BRASIL, 2019i, p. 04)

Com esta decisão, mantém-se limitada a possibilidade de terceirização da atividade-fim. No âmbito da administração pública federal, autárquica e fundacional, por força de decreto do Poder Executivo. Nas demais relações trabalhistas, pelo critério da subordinação jurídica. O tema é sensível e o rol de entidades envolvidas como *amici curiae* na ADPF 324 revela o quanto impacta sobre a organização do trabalho no Brasil.

3.1.2 Modalidades híbridas de contrato de trabalho

Uma análise inicial da expansão seletiva do Direito do Trabalho poderia conduzir à afirmação de que foram retirados alguns direitos, mas mantidos outros, em mera atualização. Esta é a base da argumentação conservadora, que salienta um sentido de modernização da legislação, com ênfase na liberdade do mercado (COZERO, 2019; VASQUEZ; BIAVASCHI, 2019). Em outro sentido, esta tese entende a atualização dos diplomas normativos como uma requalificação rebaixada da regulação pública do trabalho, cujo centro é a liberdade contratual e, em paradoxo apenas aparente, sua concretização não envolve a ausência de regulação, mas sua expansão.

A expansão da liberdade contratual, na sua expressão real, revela-se em decisões judiciais, leis e decretos, cuja observação combinada fornece o desenho provisório de um mosaico de hibridismos contratuais. Não se pretendem apresentar todos os tipos contratuais e cláusulas alteradas, mas estudos concretos que explicitem o sentido das transformações⁴⁷⁵.

As metamorfoses do trabalho proibido serão abordadas, na subseção 3.1.2, a partir de traços do desenho normativo referente aos principais novos tipos contratuais, nas leis que diversificam modalidades contratuais (a) de trabalho doméstico, cabeleireiros e autônomos e (b) contratos intermitentes e contratos verde e amarelos. A noção de tipos ou modalidades contratuais híbridas refere-se a arranjos mistos, entre o contrato de emprego e a atipicidade; a hibridização é, pois, um afastamento do regime

⁴⁷⁵ Abordam-se informações empíricas que fornecem condições suficientes para a crítica e a reconstrução da teoria do contrato de trabalho, em crise. Para uma abordagem de um conjunto mais amplo de tipos contratuais autônomos, albergando tipos híbridos não analisados nesta tese, como contrato de estágio (Lei 11.788/2008), contrato desportivo (Lei 9.615/1998 e Lei 12.395/2011), contrato do motorista agregado (Lei 11.442/2007), pescador profissional (Lei 10.779/2004), entre outros, veja-se Murilo Sampaio Oliveira (2019). Sobre a instituição das figuras do transportador autônomo de cargas agregado e do transportador de cargas auxiliar (Lei 11.442/2007), no contexto da greve dos caminhoneiros de 2018, veja-se artigo de Reichow, Carleial e Mello (2018).

de emprego, autorizado pela lei, em regimes contratuais híbridos ou no interior do contrato de emprego, como se abordará na seção seguinte (3.2).

Designam-se metamorfoses dos trabalhos ilegais as modificações realizadas, com base no poder da legalidade do Estado, sobre as bordas do objeto proibido do contrato juslaboral, que conformam um desenho institucional discriminatório do Direito do Trabalho, hibridizando tipos e cláusulas contratuais. Os tipos, como se verá nesta seção, conformam um desenho institucional alternativo ao contrato de emprego; as cláusulas, em outro sentido, modificam o desenho institucional tradicional do contrato de emprego.

a) Domésticas, cabeleireiras, autônomas

As duas visões sobre o contrato terceirizado, ou sobre o arranjo trilateral de contratação, *vacilam* quanto ao conteúdo do contrato, conforme desenvolvido. A instabilidade dos horizontes de expectativa *lícitos* dos contratantes torna a crise contratual permanente e faz acumularem-se atos de empregadores que violam a boa-fé objetiva, ainda que este critério seja insuficiente para *corrigir* o problema, tendo como função apenas seu dimensionamento. O avanço de tipos híbridos de contratação suscita as novas dimensões legais da crise crescente do contrato de trabalho. Intensificam-se a exploração e espoliação do trabalho. Importa observar, nesta subseção, a positivação legal desta ampliação da exploração e da espoliação.

Destacou-se como característica das contratualidades espoliativas, ao começo do capítulo, a transferência, do Estado para as empresas, do poder de editar ilegalidades constitucionais do trabalho. Este é o sentido maior dos tipos legais híbridos, que diminuem, em diferentes dimensões, a infusão de cláusulas de ordem pública em contratos privados. No caso do contrato terceirizado, realizado em trilateralidade entre Estado–empresa–trabalhador(a), o Estado transfere, além de seu poder de legalidade, suas receitas financeiras e, portanto, sua materialidade, a empresas privadas. Nesse arranjo híbrido contratual, esvaziam-se as normas de ordem pública referentes à organização sindical corporativa e à garantia de pagamento de verbas regulares e rescisórias.

Os direitos sociais são requalificados para permitir o exercício de hostilidades contratuais. Ou seja, não são absolutamente retirados, mas sua prestação é tornada incerta ou frágil, dependente de fatores externos ao contrato, como o contrato Estado–

empresa. Insere-se neles uma dimensão de agressividade jurídica lícita: podem-se tirar os direitos a qualquer momento. Este hibridismo é *normal*.

Alba, trabalhadora com contrato para desempenho da função de serviços gerais, antes mencionada, possui este arranjo contratual diferenciado. À revelia das disposições legais e contratuais, que nunca recebeu por escrito, todos são seus chefes e qualquer função ordenada deve ser cumprida. Como relata, algumas professoras e funcionárias tratam-na como se fosse empregada delas, para transporte de armários ou limpeza de louça. Nas férias das professoras, costuma pintar a escola. Neste híbrido contratual, como se viu, a espoliação se *disfarça* e *infunde* na liberdade contratual individual e coletiva.

O caso concreto ajuda a visualizar que as transformações que ocorrem no mundo do trabalho envolvem a linguagem dos contratos e das suas liberdades. Trabalhadoras possuem consciência sobre os problemas do contrato, as hostilidades a que são expostas e segmentações do ambiente do trabalho, resultantes de sua posição social. Esta subseção se propõe a observar outros tipos legais que conformam ilegalidades expandidas e, com eles, apresentar novos traços concretos do desenho institucional discriminatório do Direito do Trabalho no país.

A contrarreforma trabalhista sistematiza a racionalidade da segmentação: hipersuficientes, autônomos, intermitentes, terceirizados e teletrabalhadores somam-se a outros tipos contratuais regulados recentemente, em uma *selva legislativa* (MÉSZÁROS, 2008) de contraturalidades híbridas. Estas ilegalidades do trabalho, acumuladas no tempo, possuem efeitos sobre um contingente significativo de trabalhadores e trabalhadoras, transformados em força de trabalho supérflua e explosiva⁴⁷⁶. A segmentação, nesse sentido, é um sintoma e um termômetro da crise crescente do contrato de trabalho único.

Se um dos traços mais marcantes da contrarreforma trabalhista é a ampliação das modalidades de contratação do trabalho, é importante reiterar que o processo não começou nem terminou em 2017. Podem-se citar, por exemplo, a regulação do trabalho doméstico (Lei Complementar 150/2015) e do contrato de parceria para trabalho em

⁴⁷⁶ “O caso é que, para se desembaraçar das dificuldades da acumulação e expansão lucrativa, o capital globalmente competitivo tende a reduzir a um mínimo lucrativo o ‘tempo necessário de trabalho’ (ou o ‘custo do trabalho na produção’), e assim inevitavelmente tende a transformar os trabalhadores em força de trabalho supérflua. Ao fazer isto, o capital simultaneamente subverte as condições vitais de sua própria reprodução ampliada. [...] Assim sendo, esta preocupação tem duplo significado: por um lado, indica a incontrolável multiplicação da ‘força de trabalho supérflua’ da sociedade; por outro, mostra a acumulação da instável carga explosiva que invariavelmente acompanha tais fatos” (MÉSZÁROS, 2011a, p. 226).

salões de beleza (Lei 13.352/2016), como exemplos de uma fórmula que se repete e expande com a contrarreforma trabalhista (Lei 13.467/2017). Os dirigentes da democracia restrita brasileira, após o esgotamento da democracia de cooptação (MALTA; LEON, 2017), insaciáveis em suas soluções autoritárias para a crise econômica, tornaram a expandir as modalidades de contratação após a contrarreforma trabalhista, como se vê no contrato de trabalho verde e amarelo (MP 905/2019).

Trata-se de sublinhar que a ampliação do contingente de trabalhadores com contratos terceirizados ou com os ditos trabalho por conta própria, nos anos anteriores, já demonstravam que a contrarreforma não inaugura, mas sim confirma tendências recentes do mercado de trabalho (FILGUEIRAS; BISPO; COUTINHO, 2018), como já se teve a oportunidade de desenvolver.

O avanço da acumulação capitalista tem diversos efeitos sobre a classe trabalhadora, que cresce e se diversifica. Nessa processualidade, ocorre um processo intenso de diferenciação salarial e composição de exército de reserva, que atua como fonte de recrutamento contínuo do capital e que exerce pressão sobre os trabalhadores empregados, atuando também como regulador dos salários (CARLEIAL, 1986, p. 65). As formas de subemprego, que poderiam ser caracterizadas como “gradações do desemprego”, são difíceis de identificar e mensurar, como destaca Carleial (1986):

(...) é preciso destacar que há ocorrências difíceis de identificar e mensurar e que muitas vezes acabam passando sem a devida menção. Neste caso, incluem-se as várias formas de subemprego, que permeiam tanto o núcleo capitalista como o não capitalista, e que procuram referir situações de salários baixos, trabalho em tempo parcial, inadequação entre a aptidão do trabalhador e a atividade desenvolvida, revelando assim várias gradações do desemprego. Isso faz lembrar que sob o capital não é suficiente identificar se o indivíduo está empregado ou não. Na realidade, torna-se importante também inadagar da natureza do emprego. (...) Como diz Braverman, “esta é uma cadeira em que cada elo pressupõe os restantes” (CARLEIAL, 1986, p. 67).

A industrialização periférica se fez “submetida às determinações da divisão internacional do trabalho, uma das quais seria reproduzir internamente às suas nações um capitalismo ainda mais desigualador e excludente” (CARLEIAL, 1986, p. 69). É certo que a mensuração dessas diferentes gradações do desemprego, que desafiam a própria natureza do emprego, podem ser visualizadas pelas diferentes modalidades de “pactos invisíveis” do contrato de trabalho, que se diversificam e ampliam, como a

classe trabalhadora e sua precária regulação do trabalho. Os elos da cadeia se pressupõem, como ressaltou Carleial, ao relembrar Braverman.

A hierarquização entre trabalhadores e trabalhadoras foi imposta no desenvolvimento capitalista. Por isso o mercado de trabalho brasileiro “se qualifica como fortemente segmentado”, no qual merecem destaque as “formas não capitalistas ou informais de organização da produção. Tais formas foram aqui referidas como aquelas que se estabelecem nas brechas deixadas pelo avanço do capital” (CARLEIAL, 1986, p. 71). Daí que a relação entre “formal” e “informal” é entendida por Carleial como “um dos ‘termômetros’ que mede a aparência ou os efeitos da crise econômica sobre a classe trabalhadora que se pretende discutir” (CARLEIAL, 1986, p. 72).

A formalização de novas modalidades contratuais trabalhistas, entendida como termômetro da crise, é observada nesta tese “pelas bordas”: primeiramente, observa-se a permissão constitucional para contratação em modalidade diversa do contrato de emprego, com o exemplo do trabalho doméstico. Após, observa-se o aumento da temperatura da crise, com o crescimento da hibridização dos tipos contratuais, em modalidades como o contrato de trabalho desportivo, o contrato de trabalho verde e amarelo, entre outros.

A permissão constitucional para um contrato especial para trabalhadoras domésticas, nesse sentido, é um exemplo relevante para iniciar a discussão concreta deste desenho institucional discriminatório, permitido pela Constituição de 1988, com forte segmentação de raça. Basta lembrar que, como aduz Pochmann (2012), as trabalhadoras domésticas possuem não apenas uma remuneração depreciada, mas também um *status* de trabalho desvalorizado.

Apesar dessa posição precária em relação aos demais tipos de trabalho, não é um tipo de atividade “incomum” no país. Até o início do século XX, “a ocupação doméstica representava a principal forma de trabalho nas cidades. Em 1900, por exemplo, um em cada dois trabalhadores ocupados exercia alguma atividade nas unidades familiares brasileiras” (POCHMANN, 2012, p. 50). Famílias empregadoras, portanto, respondiam pela metade dos postos de trabalho no Brasil do começo do século. Ainda recentemente, porém, o trabalho doméstico respondia por quase 10% da ocupação urbana.

Este contingente de trabalhadores prestava serviço para 26% das famílias brasileiras, em 2007: 13% contratavam um trabalhador, continuamente; 12%, mais de um trabalhador; cerca de 1% das famílias, ademais, contratava 20 trabalhadores

(POCHMANN, 2012, p. 59). Pochmann destaca que o contingente de famílias que contratam trabalho doméstico, no Brasil, deve-se à exorbitante concentração de renda e ao passado serviçal e escravista, “uma vez que nos países desenvolvidos o total de famílias com possibilidade de sustentar o trabalho doméstico não atinge 20%” (POCHMANN, 2012, p. 53).

Ainda que se observe uma sensível diminuição relativa do volume de trabalho doméstico em relação ao total de ocupações urbanas⁴⁷⁷, a ausência de assinatura de CTPS ainda era uma realidade para a maioria das trabalhadoras na década passada, representando 78,1% do trabalho doméstico em 1979, 79,7% em 1989, 74,97% em 1999 e 72,13% em 2009 (POCHMANN, 2012, p. 52).

O contingente de 23,7 milhões de trabalhadores “para famílias”⁴⁷⁸, em 2007, pertencia ao segmento de baixa remuneração do trabalho⁴⁷⁹. Recebiam, em média, 1,7 salário mínimo; mais da metade, porém, recebia até um salário mínimo (POCHMANN, 2012, p. 57). O trabalho doméstico respondia, assim, por 30% das ocupações urbanas, ainda que apenas por 21,7% da remuneração (POCHMANN, 2012, p. 60).

São trabalhadores e trabalhadoras majoritariamente negros⁴⁸⁰, crescentemente escolarizados⁴⁸¹ e desassociados de ação sindical: em 1990, 99% dos trabalhadores domésticos não era sindicalizado; em 2009, o contingente de não sindicalizados ainda registra o montante de 97,8% (POCHMANN, 2012, p. 67). Basicamente, celebram dois

⁴⁷⁷ Conforme demonstra Pochmann (2012), a evolução da participação relativa do trabalho doméstico no total da ocupação urbana diminui ao longo de um século, mas se mantém alta. Em 1900, o trabalho doméstico representava 53,1% do total da ocupação urbana; em 1920, 35,9%; em 1940, 27,5%; em 1960, 26,2%; em 1980, 13,1%; em 2000, 9,8%; em 2009, 7,8% (POCHMANN, 2012, p. 51).

⁴⁷⁸ Pochmann (2012) analisou os dados do IBGE e agrupou sob essa denominação as ocupações de “trabalhadores de vigia, segurança doméstica, cozinheiro(a), camareiro(a), copeiro(a), auxiliar de governança, arrumadeiro(a), cabeleireiro(a), depilador(a), motorista particular, dama de companhia, acompanhante, monitor(a), trabalhador(a) doméstico(a), auxiliar de limpeza, piloto de aeronave ou embarcação particular, entre outros” (POCHMANN, 2012, p. 54).

⁴⁷⁹ Há um grupo considerado “de elite” no trabalho doméstico. Segundo Pochmann (2012, p. 58), realizam serviços em ocupações como piloto de aeronaves e de embarcações particulares, serviços de administração de propriedade (bens, imóveis e aplicações financeiras) e também serviços de atendimento pessoal, como *personal trainer*, *personal stylist*, damas de companhia, consultoria em geral etc. “Estes postos de trabalho especializados, que remuneram relativamente melhor, concentram tão somente 3,4% do total da ocupação nas atividades para famílias” (POCHMANN, 2012, p. 58).

⁴⁸⁰ “A ocupação de trabalhador doméstico no Brasil continua sendo, cada vez mais, de pessoas não brancas. Em 1989, quase 49% dos ocupados eram brancos; em 2009, essa parcela reduziu-se para menos de 38%” (POCHMANN, 2012, p. 64).

⁴⁸¹ “Até a década de 1980, mais da metade dos ocupados com o trabalho doméstico possuíam, em anos de estudo, o equivalente ao quinto ano do ensino fundamental. Em 2009, menos de um terço dos ocupados no trabalho doméstico havia estudado até quatro anos” (POCHMANN, 2012, p. 64). Destaca-se, também, o crescimento do contingente de trabalhadoras e trabalhadores com 5 a 9 anos de estudos, de 12% em 1970 para 38,3% em 2009, bem como daqueles com 10 anos ou mais de estudo, de 0,2% em 1970 para 19,2% em 2009 (POCHMANN, 2012, p. 65).

tipos de contrato de trabalho: “de um lado, a contratação do trabalho mensalista e, de outro, o contrato de trabalho horista/diarista” (POCHMANN, 2012, p. 50).

Ramos e Nicoli (2017, p. 133), sistematizando dados da Organização Internacional do Trabalho, informam que são 53 milhões de trabalhadoras domésticas no mundo, das quais mais de 80% são mulheres. Observando-se apenas América Latina e Caribe, chega-se a 92% de mulheres. “O trabalho doméstico responde, aliás, por 7,5% dos empregos remunerados ocupados por mulheres ao redor do mundo, porcentagem essa que alcança 26% na América Latina e Caribe e quase 32% no Oriente Médio” (RAMOS; NICOLI, 2017, p. 133 e 134). Os autores contrastam dados segundo os quais apenas 1,5% dentre os empregos remunerados masculinos são domésticos, ao passo que uma a cada quatro mulheres que trabalha sob remuneração, na América Latina, presta serviços domésticos (RAMOS; NICOLI, 2017, p. 134).

Como explica Pochmann (2012), a urbanização brasileira foi acompanhada de uma externalização gradual de atividades domésticas “anteriormente executadas no interior do núcleo familiar, como os serviços de asseio e conservação (limpeza, segurança e manutenção) e pessoais (cabeleireiro, manicure, entre outros)” (POCHMANN, 2012, p. 49). Daí que se possa perceber, nesse tipo de trabalho contratualizado, elementos de uma certa tradição de contratação sem direitos, ora revigorada e expandida.

Observe-se, por exemplo, que o Decreto 16.107/1923 entendia que as atividades de cozinheiro, faxineiro ou passadeira seriam típicas de trabalhadores domésticos, fosse o trabalho desenvolvido em instalação comercial ou em âmbito residencial. Apenas com o Decreto 3.079/1941 o trabalho doméstico passou a ser identificado como aquele que é realizado exclusivamente no âmbito residencial. A CLT, desde sua origem, exclui sua aplicação aos trabalhadores domésticos (art. 7º, “a”⁴⁸²), o que só foi modificado, para a atual aplicação subsidiária da CLT, com a Lei Complementar 150/2015 (art. 19).

A Constituição Federal direitos sociais atribuídos a trabalhadoras e trabalhadores em relação de emprego, no artigo 7º, em um desenho institucional que contém permissões para ilegalidades do trabalho, como já se explorou. Um passo além

⁴⁸² CLT, Art. 7º: “Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”.

deste indicaria que, além de permitir ilegalidades do trabalho, uma desigualdade já se inscrevia no parágrafo único do dispositivo constitucional: “Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social”.

Com o enunciado normativo acima, restringe-se a aplicabilidade dos direitos sociais para uma categoria de para trabalhadoras e trabalhadores, os domésticos. Esta situação começou a ser modificada em 2006, com a Lei 11.324/2006, que assegurou alguns direitos à categoria. A partir de 2013, com a Emenda Constitucional 72, criaram-se 16 novos direitos aos empregados domésticos, com a alteração do parágrafo único do artigo 7º da CRFB/198 (DELGADO, 2019, p. 466)⁴⁸³.

Infelizmente, o Brasil não rompeu a tendência mundial, segundo a qual “(...) apenas 10% das trabalhadoras domésticas do mundo gozam do mesmo padrão de proteção concedido ao emprego remunerado em geral” (RAMOS; NICOLI, 2017, p. 134). A maior parte dos países, como destacam os autores, oferece proteção parcial. Alguns não oferecem proteção alguma, como os do Oriente Médio. Seus salários, ademais, são baixos: “(...) pouco mais de 40% do salário médio recebido por empregados em geral no Brasil e na França, chegando a pouco mais de 30% na Índia e na Argentina” (RAMOS; NICOLI, 2017, p. 134).

É interessante observar a ementa da EC 72/2013: “Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais”. Ainda que a ementa da EC afirme estabelecer a igualdade, o tratamento desigual entre domésticos e outros trabalhadores é um dado histórico e que se manteve, ainda que tenha sido diminuído. A aproximação da legislação a um cenário de igualdade ainda se dá sob o signo da diferenciação de modalidades contratuais.

Apenas com a Lei Complementar 150/2015, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, os direitos sociais fundamentais foram realmente ampliados. Para ficar em um exemplo, após a LC 150/2015 foi editada a Resolução 780/2015, a partir

⁴⁸³ CRFB/1988, art. 7º, § único: “Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social”.

da qual passou a ser obrigatório o recolhimento do FGTS. Antes da previsão na EC 73/2013 e regulação pela LC 150/2015, o depósito de FGTS não era exigido de empregadores domésticos. Passou a ser obrigatório, então, no montante de 11,2%, que se constitui pela somatória dos 8% mensais com a antecipação da multa contratual por demissão sem justa causa de 40%⁴⁸⁴.

A modificação mais significativa da EC 73/2013, no entanto, foi a aplicabilidade dos incisos XIII, XV e XVI do artigo 7º, referentes à jornada de trabalho:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

Pela primeira vez na história republicana brasileira, garantia-se direito à jornada de trabalho limitada, para trabalhadoras domésticas. Daí em diante, passou a ser possível às trabalhadoras reivindicar, por exemplo, o pagamento de horas extraordinárias. A LC 150/2015 estabelece, também, o direito ao controle de jornada de trabalho, essencial para a configuração de prova processual do trabalhador que apresente reclamação perante a Justiça do Trabalho.

A renovação legislativa, entretanto, já carregava a modernização do arcaico.

A LC 150/2015 prevê situações de possibilidade de *acordo individual* entre empregador e trabalhador doméstico, por exemplo para compensação de jornada (art. 2º, §4º)⁴⁸⁵, instituição de jornada de 12h seguidas por 36h (art. 10)⁴⁸⁶, redução do intervalo intrajornada (art. 13)⁴⁸⁷. Além disso, previa sua própria modalidade de contrato de trabalho doméstico por prazo determinado (art. 4º)⁴⁸⁸ e contrato de trabalho doméstico

⁴⁸⁴ Prevê-se que, na hipótese de o trabalhador se demitir, o valor referente à multa de 40% é devolvido ao empregador doméstico.

⁴⁸⁵ LC 150/2015, art. 2º, § 4º: “Poderá ser dispensado o acréscimo de salário e instituído regime de compensação de horas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, se o excesso de horas de um dia for compensado em outro dia”.

⁴⁸⁶ LC 150/2015, art. 10: “É facultado às partes, mediante acordo escrito entre essas, estabelecer horário de trabalho de 12 (doze) horas seguidas por 36 (trinta e seis) horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação”.

⁴⁸⁷ LC 150/2015, art. 13: “É obrigatória a concessão de intervalo para repouso ou alimentação pelo período de, no mínimo, 1 (uma) hora e, no máximo, 2 (duas) horas, admitindo-se, mediante prévio acordo escrito entre empregador e empregado, sua redução a 30 (trinta) minutos”.

⁴⁸⁸ LC 150/2015, art. 4º: “É facultada a contratação, por prazo determinado, do empregado doméstico: (...) II - para atender necessidades familiares de natureza transitória e para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso”.

de experiência (art. 5º)⁴⁸⁹, em institutos que funcionam quase como réplica do regime de emprego flexibilizado, em modalidade híbrida.

A LC 150/2015 mantém a exigibilidade de mais de dois dias da semana de trabalho para a caracterização do trabalho doméstico, o que obsta o reconhecimento de quaisquer direitos para a diarista doméstica (art. 1º)⁴⁹⁰. Aquelas que trabalham duas ou três vezes por semana, assim, seguem em uma “estabilização excludente”. Mantém-se uma incompatibilidade flagrante com a Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho, que prevê a aplicabilidade do estatuto jurídico do emprego doméstico às diaristas (RAMOS; NICOLI, 2017, p. 136).

Vale a pena lembrar, também, que por força da Lei Complementar 150/2015 foi incluído o art. 11-A na Lei 10.593/2010, atualização normativa que resultou em forte restrição do poder de fiscalização das condições de trabalho de trabalhadoras e trabalhadores domésticos.

O Auditor-Fiscal do Trabalho só fiscalizará o local de trabalho mediante agendamento e entendimento prévio com o empregador (art. 11-A), a fiscalização terá natureza prioritariamente “orientadora” (art. 11-A, §1º), o auto de infração será lavrado apenas mediante o critério da “dupla visita” (art. 11-A, §2º) e a inspeção será realizada com o “acompanhamento” do empregador ou membro da família designado (art. 11-A, §3º)⁴⁹¹.

Considerando-se a maioria de trabalhadoras mulheres nessa atividade de trabalho, grande parte delas mulheres negras, é certo que há *impacto discriminatório* na possibilidade de uma contratação híbrida

⁴⁸⁹ LC 150/2015, art. 5º: “O contrato de experiência não poderá exceder 90 (noventa) dias. § 1º. O contrato de experiência poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, desde que a soma dos 2 (dois) períodos não ultrapasse 90 (noventa) dias. § 2º. O contrato de experiência que, havendo continuidade do serviço, não for prorrogado após o decurso de seu prazo previamente estabelecido ou que ultrapassar o período de 90 (noventa) dias passará a vigorar como contrato de trabalho por prazo indeterminado”.

⁴⁹⁰ LC 150/2015, art. 1º: “Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei”.

⁴⁹¹ Lei 10.593/2010, atualizada pela Lei Complementar 150/2015: “Art. 11-A. A verificação, pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, do cumprimento das normas que regem o trabalho do empregado doméstico, no âmbito do domicílio do empregador, dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador.

§ 1º A fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora.

§ 2º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de auto de infração, salvo quando for constatada infração por falta de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

§ 3º Durante a inspeção do trabalho referida no caput, o Auditor-Fiscal do Trabalho far-se-á acompanhar pelo empregador ou por alguém de sua família por este designado”.

Uma externalização do trabalho doméstico, narrada por Pochmann (2012), é a das atividades desenvolvidas em salão de beleza. No Brasil, a Lei 12.592/2012 é o marco legislativo das atividades profissionais de cabelereiros, barbeiros, esteticistas, manicures, pedicures, depiladores e maquiadores. Depois, a Lei 13.352/2016 é promulgada para atualizar o diploma normativo anterior, inserindo dispositivos referentes ao *contrato de parceria* entre aqueles profissionais e as pessoas jurídicas registradas como salões de beleza.

O contrato de parceria é uma modalidade híbrida de contrato de trabalho, pois se configura explicitamente como uma alternativa ao contrato de emprego, como se percebe pelo art. 1º-A, §1º, da Lei 12.592/2012, atualizada pela Lei 13.352/2016: “O profissional-parceiro não terá relação de emprego ou de sociedade com o salão-parceiro enquanto perdurar a relação de parceria tratada nesta Lei”. O tipo contratual remonta à noção de parceria prevista no Estatuto da Terra (Lei 4.505/1964), que referenciava a parceria agrícola, alterado em 2007 pela Lei 11.443/2007, que previu novo contrato de parceria, para a agroindústria de aves e suínos⁴⁹².

Nesta modalidade de organização do trabalho, a linguagem contratual recostura o conflito e o faz parecer uma cooperação: a pessoa jurídica salão de beleza se denomina “salão-parceiro” e o trabalhador se denomina “profissional-parceiro” (art. 1º-A, §1º)⁴⁹³; o salão-parceiro tem obrigação de centralizar pagamentos e recebimentos (art. 1º-A, §2º)⁴⁹⁴, reter cota parte do profissional parceiro (art. 1º-A, §3º)⁴⁹⁵, preservar e manter adequadas condições de trabalho, em especial equipamentos, instalações e garantia da

⁴⁹² Murilo Oliveira (2019) explica o contrato de sociedade referente à parceria agrícola, como originalmente previsto e como modificado em 2007: “O Estatuto da Terra (Lei 4.505/1964), ao regular a parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, estipulou critérios minuciosos para a divisão dos frutos desta associação capital-trabalho (art. 96, VI), atribuindo-lhe a natureza jurídica de contrato de sociedade (art. 96, VII). A parceria rural, então, se perfaz como contrato típico de sociedade, com a respectiva divisão dos frutos desta associação. (...) Na esteira da parceria agrícola, a Lei 11.443/2007, alteradora do Estatuto da Terra, delegou a uma nova lei específica – até então inexistente – o regramento dos contratos de parceria agroindustrial de aves e suínos. Os sistemas de parceria na criação de frangos no Brasil estabelecem intensa relação de inserção dos produtores ‘integrados’ nas cadeias produtivas, uma vez que os criadores – pequenos produtores rurais proprietários de terras – são obrigados a adotar rigorosamente o padrão produtivo fixado pela empresa abatedora” (OLIVEIRA, 2019, p. 56 e 57).

⁴⁹³ Lei 12.592/2012, atualizada pela Lei 13.352/2016, art. 1º-A: “§ 1º Os estabelecimentos e os profissionais de que trata o caput, ao atuarem nos termos desta Lei, serão denominados salão-parceiro e profissional-parceiro, respectivamente, para todos os efeitos jurídicos”.

⁴⁹⁴ Lei 12.592/2012, atualizada pela Lei 13.352/2016, art. 1º-A: “§ 2º O salão-parceiro será responsável pela centralização dos pagamentos e recebimentos decorrentes das atividades de prestação de serviços de beleza realizadas pelo profissional-parceiro na forma da parceria prevista no caput”.

⁴⁹⁵ Lei 12.592/2012, atualizada pela Lei 13.352/2016, art. 1º-A: “§ 3º O salão-parceiro realizará a retenção de sua cota-parte percentual, fixada no contrato de parceria, bem como dos valores de recolhimento de tributos e contribuições sociais e previdenciárias devidos pelo profissional-parceiro incidentes sobre a cota-parte que a este couber na parceria”.

saúde e da segurança (art. 1º-B)⁴⁹⁶; o profissional-parceiro tem direitos quanto ao uso de bens materiais necessários ao desempenho das atividades profissionais, bem como sobre o acesso e circulação nas dependências do estabelecimento (art. 1º-A, §10º, IV)⁴⁹⁷,

O profissional-parceiro poderá ser qualificado, perante autoridades fazendárias, como pequeno empresário, microempresário ou microempreendedor individual (art. 1º-A, §7º)⁴⁹⁸. Além disso, é-lhe vedado “assumir as responsabilidades e obrigações decorrentes da administração da pessoa jurídica do salão-parceiro, de ordem contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária incidentes, ou quaisquer outras relativas ao funcionamento do negócio” (art. 1º-A, §6º)⁴⁹⁹. A lei prevê, ainda, que configura fraude o exercício de atividades estranhas à função do parceiro (art. 1º-C, II)⁵⁰⁰. Por exemplo, um cabeleireiro que trabalhe também como atendente ou limpe o salão. Neste caso, o vínculo de emprego deve ser reconhecido.

O estímulo à autonomia individual de profissionais-parceiros pode ser lido como similar ao empreendedorismo, sobre o qual Wendy Brown (2018) destinou um singular horizonte de sentidos das metamorfoses da igualdade e da liberdade, ao pergunta-se sobre:

Que razão se atribui a um comportamento empreendedor diligente e responsável, porém não recompensado? Revela-se então uma lógica que combina um pensamento simplificador sobre o capital humano de empresas de sucesso com um discurso nacional-teológico de sacrifício moralizado, um sacrifício necessário à saúde e sobrevivência do todo. Sacrifício moralizado que resolve artificialmente o paradoxo da conduta não recompensada, prescrita de maneira normativa pelo neoliberalismo (BROWN, 2018, p. 09).

⁴⁹⁶ Lei 12.592/2012, atualizada pela Lei 13.352/2016, art. 1º-B: “Cabem ao salão-parceiro a preservação e a manutenção das adequadas condições de trabalho do profissional-parceiro, especialmente quanto aos seus equipamentos e instalações, possibilitando as condições adequadas ao cumprimento das normas de segurança e saúde estabelecidas no art. 4º desta Lei”.

⁴⁹⁷ Lei 12.592/2012, atualizada pela Lei 13.352/2016, art. 1º-A: “§ 10. São cláusulas obrigatórias do contrato de parceria, de que trata esta Lei, as que estabeleçam: (...) IV - direitos do profissional-parceiro quanto ao uso de bens materiais necessários ao desempenho das atividades profissionais, bem como sobre o acesso e circulação nas dependências do estabelecimento”.

⁴⁹⁸ Lei 12.592/2012, atualizada pela Lei 13.352/2016, art. 1º-A: “§ 7º Os profissionais-parceiros poderão ser qualificados, perante as autoridades fazendárias, como pequenos empresários, microempresários ou microempreendedores individuais”.

⁴⁹⁹ Lei 12.592/2012, atualizada pela Lei 13.352/2016, art. 1º-A: “§ 6º O profissional-parceiro não poderá assumir as responsabilidades e obrigações decorrentes da administração da pessoa jurídica do salão-parceiro, de ordem contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária incidentes, ou quaisquer outras relativas ao funcionamento do negócio”.

⁵⁰⁰ Lei 12.592/2012, atualizada pela Lei 13.352/2016, art. 1º-C: “Configurar-se-á vínculo empregatício entre a pessoa jurídica do salão-parceiro e o profissional-parceiro quando: (...) II – o profissional-parceiro desempenhar funções diferentes das descritas no contrato de parceria”.

A identificação entre autonomia, diligência e responsabilidade, por um lado, e discursividade do sacrifício nacional-teológico, por outro lado, indica um fechamento das fronteiras que o capital permite à ação de trabalhadoras e trabalhadores. Expande-se a liberdade e, portanto, a hostilidade contratual. Por um lado, “a cidadania neoliberal deixa o indivíduo livre para cuidar de si mesmo” (BROWN, 2018, p. 10). Por outro lado, “ela também o compromete, discursivamente, com o bem-estar geral – demandando sua fidelidade e potencial sacrifício em nome da saúde nacional ou do crescimento econômico. Essa é a inversão paradoxal da liberdade neoliberal (...)” (BROWN, 2018, p. 10).

A liberdade contratual concretizava-se em instrumentos normativos e se expandia, tornando formais os informais ou *legalizando* ilicitudes. No caso das trabalhadoras domésticas, os acordos individuais sobre compensação de jornada e a possibilidade de contratação na modalidade temporária hibridizam o contrato de emprego, para torná-lo mais barato. No caso de cabelereiros, barbeiros, esteticistas, manicures, pedicures, depiladores e maquiadores, é o conjunto da infusão de público no privado que é questionado. O contrato de parceria *expropria*, por exemplo, o direito à limitação da jornada de trabalho, que deixa de existir. O trabalho sem desconexão para lazer e descanso, se não houver desvio de função, não configura nenhum tipo de ilegalidade, segundo a inteligência legal.

Convém lembrar que a informalidade é uma forte tendência do mercado de trabalho no Brasil, pela baixa quantidade de trabalhadores com carteira assinada, em relação ao conjunto da população economicamente ativa assalariada. Francisco de Oliveira relembra que a tendência à informalização também atinge o trabalhador formal, que deve passar a possuir “atributos do ‘informal’: flexibilidade, polivalência, iniciativa. Tais atributos encontram-se nos camelôs dos centros de nossas cidades. Aparece aí o primeiro elemento de exceção: o mercado de trabalho foi virado pelo avesso” (OLIVEIRA, 2003, p. 11).

Nesse sentido, a relação do Direito do Trabalho com os trabalhadores informais é também uma relação do Estado com os informais, ainda que a afirmação pareça, em uma primeira aproximação, desconcertante. Parte ativa da estruturação da exceção como regra no mundo do trabalho, o Estado é orientado por políticas regressivas na área social, em razão da financeirização da economia e dos orçamentos públicos, que retiram a autonomia estatal. Daí decorre o fato de que “as políticas sociais não têm mais o projeto

de mudar a distribuição de renda (...) e se transformaram em antipolíticas de funcionalização da pobreza” (OLIVEIRA, 2003, p. 11).

As contraturalidades espoliativas na contrarreforma trabalhista podem ser interpretadas sob essa lente, como antipolíticas de funcionalização da pobreza, no sentido desenvolvido por Oliveira (2003). O Estado se relaciona, com trabalhadores precários, oferecendo-lhes uma modalidade contratual em que são subtraídos direitos do contrato de emprego padrão, pelo tipo de atividade desenvolvida.

As modalidades contratuais do teletrabalho, do trabalho autônomo e do trabalho intermitente são três entre os principais tipos contratuais híbridos na Lei 13.467/2017. O contrato de teletrabalho, por especificidades de sua regulação, será analisado na seção 3.2, referente aos hibridismos das cláusulas contratuais. Analisa-se neste momento da exposição o contrato autônomo e, na próxima subseção, o contrato intermitente.

O crescimento das atividades por conta própria em relação ao conjunto da população economicamente ativa, como se viu no primeiro capítulo, é uma tendência crescente, de baixa remuneração, anterior à contrarreforma trabalhista. No caso da Lei de Cooperativas do Trabalho (Lei 12.690/2012), por exemplo, é possível observá-la como exemplo de uma autonomia precária (GEDIEL; MELLO, 2016a), pela combinação entre esforços de autogestão e formas jurídicas de subemprego, com reduzido patamar de direitos sociais.

O trabalho autônomo é particularmente importante, porque possibilita a pejotização do trabalho⁵⁰¹ e, com ela, diversas lesões contratuais ao regime de emprego. De uma só vez, suprimem-se todas as regras da CLT: ao não ser reconhecida a relação subordinada, entende-se que o trabalhador não tem direito ao seu regime jurídico, no qual estariam previstas cláusulas de ordem pública referentes a férias, décimo terceiro, depósito do FGTS, entre outros direitos.

Ficou famosa a situação de pejotização de apresentadores televisivos, quando o senhor Jair Bolsonaro, então candidato à Presidência da República, questionou trabalhadores da Rede Globo sobre seu tipo contratual: “Agora, vão me desqualificar

⁵⁰¹ A relação de emprego, conforme regulado pelo art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, só pode ser prestada por pessoa física. Denomina-se pejotização um movimento pelo qual os empregadores deixam de contratar pessoas físicas e passam a contratar “PJs”, ou seja, pessoas jurídicas. Quando uma pessoa física presta serviço sob a máscara de uma pessoa jurídica, ocorre a pejotização e pode-se suspeitar que há uma intenção do empregador de escapar à observação da legislação trabalhista.

por ter recebido auxílio-moradia, que é legal, como a ‘pejotização’ de vocês também é legal?” (JORNAL NACIONAL, 2018).

O regime de pejotização de jornalistas foi previsto na Lei 11.196/2005, em seu art. 129, que prevê contratação de trabalhador intelectual como pessoa jurídica⁵⁰². O dispositivo normativo deveria ser considerado inconstitucional, por força do art. 7º, XXXII da CRFB/1988, que proíbe a distinção entre trabalho manual e intelectual⁵⁰³. A Orientação n. 06 da CONAFRET/MPT (Coordenação Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho) indica a posição do Ministério Público do Trabalho para atuação contrária à pejotização e ao contrato simulado⁵⁰⁴. Murilo Sampaio Oliveira (2019), ao analisar o problema irresolvido da dependência econômica no trabalho intelectual, indica a vacilação da jurisprudência do TST a respeito do tema dos apresentadores de programa de televisão⁵⁰⁵.

O trabalhador autônomo deve ser titular dos meios necessários à sua atividade, organizando-a e dirigindo-a, com cerne no investimento patrimonial realizado (OLIVEIRA, 2019, p. 58 e 61). Nesse sentido, a diferenciação entre as figuras do representante comercial e do vendedor externo não se pauta pelo conjunto de atos realizados, mas pela “propriedade investida pelo real representante na criação de sua empresa, a sua capacidade de organização/gestão desta atividade e na existência de

⁵⁰² “Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil”.

⁵⁰³ CRFB/1988, art. 7º, XXXII: “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

⁵⁰⁴ “Orientação nº 06 – Contratação de empregado por meio de formalização de contrato simulado de natureza civil entre pessoas jurídicas. ‘Pejotização’ e trabalho autônomo. Representação Comercial. 1) A contratação de trabalhador mediante a formalização de contrato simulado, de natureza civil, entre pessoas jurídicas, quando houver desvirtuamento de modo a desaparecer a autonomia, configura fraude que visa burlar a incidência de direitos trabalhistas, aplicando-se o disposto no artigo 129 da Lei nº 11.196/2005, in fine, que ressalva a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para submeter o trabalhador no combate a essa modalidade de fraude; 2) havendo desvirtuamento da modalidade contratual de representação comercial, com o desaparecimento da autonomia do representante, forma-se o vínculo empregatício entre as partes convenientes, ensejando a atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos”.

⁵⁰⁵ “É interessante pontuar que num famoso caso, a dependência econômica atuou como fator de exclusão do vínculo empregatício, não obstante a nítida subordinação decorrente do exercício da atividade-fim. Trata-se do caso de um apresentador de programa de auditório *versus* uma grande rede televisiva, cuja contratação se dava por meio de pessoa jurídica. Na ementa do Acórdão do TRT de São Paulo, verifica-se que o porte econômico do contrato e sua formalização como prestação de serviços autônomos por pessoa jurídica foram mais fortes do que a visível subordinação. Ou seja, a magnitude da capacidade econômica daquele trabalhador lhe serviu para retirar sua proteção trabalhista. Já em outra situação bem semelhante, o TST confirmou o vínculo de empregado de jornalista perante outra empresa televisiva” (OLIVEIRA, 2019, p. 45 e 46).

impessoalidade na execução deste contrato. Frise-se que o representante comercial possui estrutura própria para seu mister (...)” (OLIVEIRA, 2019, p. 248).

O contrato autônomo estipulado pela contrarreforma trabalhista, conforme exegese do art. 442-B da CLT, pode ser celebrado em quatro diferentes combinações ou modalidades: contrato autônomo contínuo e exclusivo; contrato autônomo contínuo, sem exclusividade; contrato autônomo eventual exclusivo; contrato autônomo eventual, sem exclusividade. Todas elas afastam o vínculo de emprego: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

A própria definição de um contrato que seja, ao mesmo tempo, autônomo e exclusivo, com continuidade, desafia as fronteiras da lógica formal e demonstra o exagero a que chegou o legislador. É útil conhecer, no âmbito da crítica jurídica, o entendimento dos Enunciados 51, 52 e 53 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual da ANAMATRA (Associação Nacional de Magistrados do Trabalho), que consideram a modalidade contratual autônoma exclusiva inconstitucional.

O contrato autônomo exclusivo deve ser considerado inconstitucional, no entendimento da ANAMATRA, sempre que configurar fraude (Enunciado 51)⁵⁰⁶, o que deve ser analisado pela primazia da realidade (Enunciado 52)⁵⁰⁷, afastando-se a caracterização do trabalho autônomo “sempre que o trabalhador, não organizando a própria atividade, tenha seu labor utilizado na estrutura do empreendimento e integrado à sua dinâmica” (Enunciado 53)⁵⁰⁸.

No Judiciário trabalhista, a pejotização é afastada quando se configura fraude, nos termos do art. 9º da CLT⁵⁰⁹. Essa tradição da jurisprudência trabalhista tem se mantido após a contrarreforma trabalhista. Os critérios para a configuração da relação

⁵⁰⁶ “51. (...) Trabalhador autônomo exclusivo. Reconhecimento da relação de emprego. A norma do artigo 442-b da CLT não impede o reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos dos artigos 2º e 3º da CLT e configurado o desvirtuamento do trabalho autônomo, com fraude à relação de emprego, à luz do art. 9º da CLT”.

⁵⁰⁷ “52. (...) Primazia da realidade sobre a forma. É a primazia da realidade, e não a formalidade exteriorizada de atos e negócios jurídicos, que deve ser considerada para o reconhecimento do vínculo de emprego (arts. 2º e 3º da CLT) ou de trabalho autônomo (art. 442-B da CLT)”.

⁵⁰⁸ “53. (...) Presume-se o vínculo empregatício diante da prestação de serviços contínua e exclusiva, uma vez que a relação de emprego é direito fundamental (arts. 1º, III e IV, 5º, caput e 7º da CF/1988), devendo o art. 442-B da CLT ser interpretado conforme a Constituição Federal para afastar a caracterização do trabalho autônomo sempre que o trabalhador, não organizando a própria atividade, tenha seu labor utilizado na estrutura do empreendimento e integrado à sua dinâmica”.

⁵⁰⁹ CLT, art. 9º: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

de emprego, ainda que haja uma contratação autônoma pejetizada, são a subordinação do trabalhador e da trabalhadora à empresa e a continuidade da relação. Este entendimento se manteve em julgados de 2019 do Tribunal Superior do Trabalho, como se pode observar nas ementas do Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 638-76.2015.5.02.0050 e do Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1000967-89.2015.5.02.0432:

O quadro fático-probatório delineado pelo Tribunal Regional deixou transparecer que a reclamante prestou serviços concernentes à atividade finalística da reclamada, com pessoalidade e mediante subordinação jurídica, configurando-se, desse modo, o vínculo de emprego pleiteado (BRASIL, 2019d).

A relação de emprego é a principal fórmula de conexão de trabalhadores ao sistema socioeconômico existente, sendo, desse modo, presumida sua existência, desde que seja incontroversa a prestação de serviços. A Constituição da República, a propósito, elogia e estimula a relação empregatícia ao reportar a ela, direta ou indiretamente, várias dezenas de princípios, regras e institutos jurídicos. Em consequência, possuem caráter manifestamente excetivo fórmulas alternativas de prestação de serviços a alguém, por pessoas naturais, como, ilustrativamente, contratos de estágio, vínculos autônomos ou eventuais, relações cooperativadas e a fórmula intitulada de "pejetização". Em qualquer desses casos - além de outros -, estando presentes os elementos da relação de emprego, esta prepondera, impõe-se e deve ser reconhecida, uma vez que a verificação desses pressupostos, muitas vezes, demonstra que a adoção de tais práticas se dá apenas como meio de precarizar as relações empregatícias (BRASIL, 2019e).

Restaria em seu núcleo, ainda que supervenientes as novas modalidades contratuais, o critério da subordinação estrutural, ainda que o critério mais preciso para a verificação de real autonomia seja o critério da dependência econômica, na linha de argumentação defendida por Oliveira (2019)⁵¹⁰. É a mesma inteligência do Recurso de Revista 62900-79.2007.5.09.0072, antes analisado, sobre cujas novas manifestações do STF merecerão acompanhamento da crítica jurídica.

Conforma-se uma tendência na técnica jurídica juslaboral à classificação das contratações *específicas* a partir de hibridizações de cláusulas do contrato típico de

⁵¹⁰ “Percebe-se que, na análise das situações de autonomia e dependência, a modalidade de execução dos serviços não contribui para a diferenciação das figuras. Atente-se que uma mesma função ou ofício pode ser executado de modo autônomo ou dependente. Em outras palavras: o objeto contratual específico da relação de trabalho não permite, sozinho, a verificação da existência de autonomia ou de dependência (...). A dependência se constitui, em essência, na relação com o tomador de serviços que recebe força de trabalho (valor de uso) e não mercadoria (valor de troca). Por consequência, o trabalhador autônomo é aquele que vende um produto ou serviço como mercadoria (valor de troca), apropriando-se do resultado do seu labor” (OLIVEIRA 2019, p. 248, 249 e 250).

emprego. No centro da regulação do contrato de domésticas, contrato de parceria e contrato de autônomos exclusivos, *hostilidades contratuais* avançam como aumento do poder empregatício para exercício de liberdades contratuais.

B) Intermitentes, atletas e verde e amarelos

Os tipos contratuais híbridos chegam ao extremo das inversões constitucionais, com a regulamentação do contrato intermitente, do contrato desportivo de trabalho e do contrato de trabalho verde e amarelo. Afirma-se a liberdade contratual para arranjos contratuais diferenciados, nos quais se permitem que trabalhadores e trabalhadoras sofram permanentemente uma série de lesões contratuais, *ora legalizadas*, sobre seus direitos fundamentais sociais.

Não é desejável para o capital, em algumas atividades profissionais, a pejetização completa, pois os tipos contratuais pejetizados, como dos cabeleireiros, envolvem uma certa autonomia técnica do trabalhador e da trabalhadora. Para algumas atividades do capital, no entanto, a subordinação é indispensável, indisfarçável, inafastável. É o caso, por exemplo, da rede de *fast foods*, não por acaso parte interessada na jurisprudência que vedava a jornada móvel e variada, no âmbito do TST.

No contrato intermitente, hibridiza-se o contrato de emprego em um arranjo contratual que mantém certa infusão de normas de ordem pública referentes a temas como décimo terceiro e FGTS, mas não para a regulação da jornada de trabalho, do salário mínimo e do gozo de férias. Com efeito, legaliza-se a prática antes considerada ilegal, pelo TST, de estipulação de uma jornada de trabalho móvel e variada. O TST tem jurisprudência contrária a esse tipo de cláusula contratual desde o ano de 2009, como lembra Pimentel Lopes (2019)⁵¹¹. Ainda em 2017 e 2018, é possível encontrar três precedentes que representam a contrariedade do tribunal a esta modalidade de contratação, à época atípica, pois ainda não positivada em lei.

Em março de 2017, decidiu o TST: “(...) no sentido de considerar ilegal a estipulação contratual de jornada móvel e variável, em que o trabalhador, ao ser contratado, desconhece os horários em que prestará o serviço, cabendo ao empregador

⁵¹¹ O autor se refere a ementa de acórdão do TST do referido ano: “HORAS EXTRAS. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. DIFERENÇAS SALARIAIS. A jornada de trabalho a ser cumprida pelo empregado deve ser certa e determinada. As partes não estão e não podem estar, livres de quaisquer limites, atreladas, apenas, à vontade daqueles que contratam. A natureza jurídica das normas que regulam a jornada de trabalho não decorre de mero capricho legislativo, mas guarda pertinência com o legítimo resguardo da dignidade do trabalhador (Constituição Federal, art. 1º, incisos III e IV; art. 4º, inciso II). São normas imperativas e de ordem pública. Recurso de revista conhecido e provido” (BRASIL, 2009).

a definição prévia de acordo com a sua necessidade e conveniência” (BRASIL, 2017d). Em abril de 2017, um mês depois, decidiu o TST: “Rechaçada, nos autos, a validade da previsão de jornada móvel, não há como se afastar a conclusão do Tribunal Regional, consubstanciada no princípio da primazia da realidade, que levou em consideração a carga horária pré-anotada nos registros de ponto colacionados como parâmetro de aferição das horas extras” (BRASIL, 2017d).

Em contraposição à posição consolidada do TST no tocante à possibilidade de uma contratação com jornada de trabalho incerta, o legislador ordinário decidiu por regulamentar a jornada móvel e variada na CLT, sob a denominação contrato de trabalho intermitente. Esta modalidade contratual híbrida restou definida nos artigos 443, §3º e 452-A da CLT, que assim dispõem:

Art. 443. (...) § 3o Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.
Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não”.

Entre as características do contrato de trabalho intermitente, previstas nos dispositivos normativos acima, estão a necessidade de celebração por escrito; a previsão de salário equivalente com demais trabalhadores do estabelecimento que exerçam a mesma função, em contrato intermitente ou não; a garantia de salário mínimo, ainda que por hora; e a subordinação ao empregador.

Mesmo após o começo da vigência da contrarreforma trabalhista, em abril de 2018, o TST manteve sua posição contrária à jornada móvel e variada: “Esta Corte vem entendendo que é ilegal, portanto, nula, a estipulação contratual de jornada móvel e variável, em que o trabalhador, ao ser contratado, desconhece os horários em que prestará o serviço, cabendo ao empregador a definição prévia de acordo com a sua necessidade e conveniência. Recurso de revista conhecido e provido” (BRASIL, 2018c).

Esta compreensão caminha no mesmo sentido de decisões de Tribunais Regionais do Trabalho da Segunda (BRASIL, 2018e) e Terceira Regiões (BRASIL, 2019l), que enfrentaram o Poder Legislativo e determinaram, ainda que temporariamente, a inteligência da tipicidade do regime de emprego e da configuração

de fraude, quando são afastadas as normas de ordem pública referentes à jornada de trabalho.

O mesmo enfrentamento, pela via judicial, foi realizado no Reino Unido, em relação ao *zero hour contract* (REINO UNIDO, 2018). Na cidade de Nova Iorque, pela via legislativa, também se realizou um afastamento da extrema desregulamentação da jornada de trabalho, com a estipulação de uma espécie de salário mínimo para motoristas da *uber*, como se problematizou em outra oportunidade (TAVARES; MELLO, 2019).

Em 2019, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu novo precedente e, com base no princípio da legalidade (CRFB/1988, art. 5º, II), conheceu e deu provimento a Recurso de Revista patronal, que buscava restabelecer sentença de primeira instância e anular acórdão do TRT. O acórdão havia decidido pelo afastamento do contrato intermitente, que seria lícito, porém excepcional⁵¹². Com o restabelecimento da sentença de primeira instância, o TST definiu um importante precedente, favorável ao contrato intermitente.

Na ementa do acórdão, as razões de decidir informam que o Tribunal Regional teria incorrido em violação ao princípio da legalidade⁵¹³ pelo afastamento da contratação intermitente (Item 7), uma modalidade contratual “existente no mundo”, que flexibilizaria contratação e remuneração com objetivo de reduzir o desemprego (Item 8)⁵¹⁴. O contrato intermitente, enfim, é considerado resultante de uma “necessidade de conferir direitos básicos a uma infinidade de trabalhadores que se encontravam na informalidade (quase 50% da força de trabalho do país), vivendo de ‘bicos’, sem carteira assinada e sem garantia de direitos trabalhistas fundamentais” (BRASIL, 2019f).

O exame da regulamentação do tipo contratual, na contrarreforma trabalhista, informa que o empregado, com contrato intermitente constituído, não fará constar

⁵¹² “Entende-se, portanto, que o trabalho em regime intermitente é lícito de acordo com a nova legislação, todavia, deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender demanda intermitente em pequenas empresas, sobretudo, não podendo ser utilizado para suprir demanda de atividade permanente, contínua ou regular. Não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa. (...) termos em que, data maxima venia do entendimento esposado pelo d. juízo de primeiro grau, esta Eg. Turma declarou nula a contratação do reclamante pelo regime intermitente. (...)” (BRASIL, 2019f).

⁵¹³ “7. Contrastando a decisão regional com os comandos legais supracitados, não poderia ser mais patente o desrespeito ao princípio da legalidade. O 3º Regional, refratário, como se percebe, à reforma trabalhista, cria mais parâmetros e limitações do que aqueles impostos pelo legislador ao trabalho intermitente, malferindo o princípio da legalidade, erigido pelo art. 5º, II, da CF como baluarte da segurança jurídica” (BRASIL, 2019f).

⁵¹⁴ “(...) Trata-se de uma das novas modalidades contratuais existentes no mundo, flexibilizando a forma de contratação e remuneração, de modo a combater o desemprego. Não gera precarização, mas segurança jurídica a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho” (BRASIL, 2019f).

nenhuma jornada de trabalho prévia neste contrato. Fica facultado à empresa convocá-lo, quando desejar, desde que o faça nos requisitos da lei. São eles: convocar com três dias de antecedência, por qualquer meio de comunicação eficaz, informando a jornada de trabalho para a qual se oferece trabalho (art. 452-A, §1º)⁵¹⁵.

O trabalhador terá um dia útil para aceitar o chamado da empresa. Seu silêncio, por disposição legal, faz presumir recusa (art. 452-A, §2º)⁵¹⁶. Apesar de subordinado, conforme característica constante no *caput* do dispositivo normativo, a recusa à convocação não configura subordinação (art. 452-A, §3º)⁵¹⁷. No entanto, uma vez aceita a convocação, a não prestação de serviço faz com que o trabalhador tenha de pagar multa de 50% da remuneração que receberia (art. 452-A, §4º)⁵¹⁸. Uma previsão de multa ao trabalhador é inédita na legislação social brasileira e denuncia a racionalidade espoliativa do conjunto do diploma normativo.

É previsto o cumprimento de direitos fundamentais sociais do art. 7º da CRFB/1988 para trabalhadoras e trabalhadores intermitentes, como férias, décimo terceiro, repouso semanal remunerado, adicionais legais, recibo de pagamento com parcelas salariais discriminadas, depósitos do FGTS e recolhimento da contribuição previdenciária (art. 452-A, §§6º, 7º e 8º)⁵¹⁹. No parágrafo sexto, o dispositivo normativo informa que o trabalhador receberá tais verbas “Ao final de cada período de prestação de serviço”. Não esclarece, no entanto, se por “período” entende cada convocação, uma periodicidade acordada contratualmente ou a periodicidade mensal.

⁵¹⁵ CLT, art. 452-A: “§ 1o O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência”.

⁵¹⁶ CLT, art. 452-A: “§ 2o Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa”.

⁵¹⁷ CLT, art. 452-A: “§ 3o A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente”.

⁵¹⁸ Se o empregador cancelar a convocação, também terá de pagar multa, no mesmo valor. CLT, art. 452-A: “§ 4o Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo”.

⁵¹⁹ CLT, art. 452-A: “§ 6o Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

- I - remuneração;
- II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;
- III - décimo terceiro salário proporcional;
- IV - repouso semanal remunerado; e
- V - adicionais legais.

§ 7o O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6o deste artigo.

§ 8o O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações”.

Tanto neste caso quanto no caso do prazo para o aceite do trabalhador à convocação, em que a disposição normativa prevê “um dia útil”, o então presidente Michel Temer havia modificado a regulação contratual, por meio da Medida Provisória 808/2017. Apesar de ter perdido vigência, as tentativas de modificação indicam pontos sensíveis da contrarreforma, na visão daqueles que a apoiaram e aprovaram.

A MP transformava “um dia útil” em “vinte e quatro horas”, no que tange à resposta à convocação⁵²⁰. Quanto ao pagamento, estipulava que haveria uma “data acordada para pagamento”⁵²¹. Dada a perda de vigência da MP e a ausência de disposição legal expressa, é necessário defender que o empregado receba, nesta modalidade contratual, sempre que convocado e na oportunidade da prestação de serviços, ou seja, diariamente. Desse modo, garante-se seu direito ao recibo de pagamento, potencialmente violado por qualquer outro tipo de acordo ou decisão empresarial sobre a data de pagamento. Não há razoabilidade em exigir que o empregado se desloque até a empresa mensalmente, para colher eventual recibo de pagamento mensal, se não há garantia de que receberá salário suficiente para garantir seu transporte.

Igualmente obscura é a previsão normativa sobre o gozo de férias. Como se viu, o empregado recebe o salário “ao final de cada período”, ou seja, sempre que convocado ou mensalmente, inclusive a parcela remuneratória referente ao pagamento adicional de um terço de férias. Uma vez que o contrato possua doze meses, o empregado ganha direito a gozar de doze meses de férias (art. 452-A, §9º)⁵²². No entanto, ele já recebeu o valor referente às férias, ao final de cada período. Também, ele pode recusar trabalho, sem que seja configurada insubordinação (art. 452-A, §3º). Logo, a previsão legal apenas tenta mascarar o fato da espoliação do direito às férias nesta modalidade contratual.

Esta modalidade contratual também tem sido fonte de questionamentos pela alta probabilidade de que os trabalhadores, nela contratados, recebam salário inferior ao mínimo. Como desenvolvido anteriormente, o dispositivo normativo constitucional referente ao salário mínimo (CRFB/1988, art. 7º, IV) não fornece indícios de que o

⁵²⁰ Redação do art. 452-A, §2º, dada pela MP 808/2017: “§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de vinte e quatro horas para responder ao chamado, presumida, no silêncio, a recusa”.

⁵²¹ Redação do art. 452-A, §6º, dada pela MP 808/2017: “§ 6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no § 11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas”.

⁵²² CLT, art. 452-A: “§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador”.

salário mínimo tenha como referência a jornada integral e como regra a proporcionalidade à jornada contratada, ainda que essa seja a prática adotada no país.

Em outro sentido, tem-se que a permissão constitucional para hibridização dos tipos contratuais permitiu um primeiro grande ataque ao salário mínimo, consubstanciado na instituição da modalidade contratual com jornada reduzida, e agora se assiste a uma segunda ilegalidade do trabalho que incide e desfigura a norma constitucional do salário mínimo. A previsão legal de possibilidade de contratação intermitente pode levar ao pagamento de salários cujo preço será consideravelmente inferior ao mínimo.

Para ilustrar a situação de *ilegidade expandida*, o salário mínimo de 2020 foi definido por meio da Medida Provisória 998, com o valor de R\$ 1.039,00 para o salário mensal. O salário mínimo por hora resta, assim, no preço de R\$ 4,72. Se uma pessoa for contratada de forma intermitente e convocada a trabalhar todo sábado, entre as 18h e as 20h, não chegará a receber R\$100,00 por mês, mesmo que o empregador pague adequadamente todas as verbas salariais.

A ilegalidade constitucional chega a um extremo, no qual a tutela constitucional pode vir a ser fundamental para limitar o extremo a que podem chegar as inversões constitucionais no país⁵²³. Para a ANAMATRA, o contrato intermitente é inconstitucional, pois afronta o regime de emprego (CRFB/1988, art. 7º, I) e os limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas⁵²⁴.

⁵²³ A constitucionalidade do contrato intermitente será enfrentada pelo Supremo, na ADI 6154, com julgamento previsto para maio de 2020. Do ponto de vista de uma interpretação constitucional favorável a trabalhadoras e trabalhadores, é razoável a defesa de extensão da argumentação do AI 815.869-AgR/PR e do RE 565.621/CE, segundo o qual servidores públicos, mesmo em jornada reduzida, não podem receber salário abaixo do mínimo, conforme trecho já citado: “Agravamento regimental no agravamento de instrumento. Servidor público. Jornada reduzida. Remuneração inferior a um salário mínimo. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Suprema Corte vem se pronunciando no sentido de que a remuneração do servidor público não pode ser inferior a um salário mínimo. Esse entendimento se aplica ao servidor que trabalha em regime de jornada reduzida. 2. Agravamento regimental não provido” (BRASIL, 2014a). O entendimento de que o salário mínimo deve ser pago mensalmente, para o trabalhador contrato na modalidade intermitente, também é defendido pela ANAMATRA, no Enunciado 74 da Comissão 6, constituída na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: “A proteção jurídica do salário mínimo, consagrada no art. 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em regime de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que forem convocados para trabalhar, respeitado o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional”.

⁵²⁴ No Enunciado 73 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, posiciona-se a ANAMATRA sobre a inconstitucionalidade do contrato intermitente: “É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-A da CLT, por violação do art. 7º, I e VII da Constituição da República e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas”.

Esta modalidade contratual híbrida, pela extrema distorção a que pode levar os direitos fundamentais sociais no país, habilita uma radical inversão constitucional das liberdades individuais e coletivas do trabalho. Liberdade de contratar trabalho, assim, passa a significar uma reificação da existência sem precedentes. A quebra de horizontes de expectativas à juventude sobre seu futuro e seus direitos é drástica e global, indissociável da privatização dos serviços na era informacional-digital do capitalismo, como descreveu Antunes (2018, p. 39).

A modalidade contratual intermitente registrou crescimento em 2018 e 2019. Entre os 408,5 mil postos de trabalho criados em 2018, 50 mil eram contratos intermitentes ou contratos parciais. Entre 644 mil vagas criadas em 2019, 106 mil foram de contratos intermitentes ou contratos parciais; dessas 106 mil vagas, 85.716 foram contratações na modalidade intermitente, conforme dados do CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados)⁵²⁵.

Encorajada a hibridização contratual intermitente pelo capital e autorizada pelo TST, o Estado voltou a regulamentá-la, em novo tipo contratual. Em 11 de novembro de 2019, Jair Bolsonaro utilizou-se da prerrogativa estabelecida no art. 62 da Constituição Federal⁵²⁶ e editou a Medida Provisória n. 905, que instituiu o contrato de trabalho verde amarelo e alterou a legislação trabalhista, entre outras providências⁵²⁷. Como dispõe o art. 16⁵²⁸, a contratação por meio da modalidade de Contrato Verde e

⁵²⁵ O CAGED é uma plataforma do governo federal, instituída em 1965, com obrigatoriedade de que empresas prestem informações sobre admissão, dispensa e transferência de empregados. Disponível para consulta online no *site*: <<http://pdet.mte.gov.br/caged>>. Acesso em: 28 jan 2020.

⁵²⁶ Os requisitos formais para a edição de uma Medida Provisória, previstos no artigo 62 da CRFB/1988, são a relevância e a urgência do ato normativo. No Item 14 da Exposição de Motivos da Medida Provisória, assim são descritos tais requisitos: “14. A urgência e a relevância da medida se apresentam, pois a população mais vulnerável, com menor qualificação, escolaridade e remuneração é a mais afetada pelos frutos da informalidade, da desocupação e da dificuldade de se inserir no mercado de trabalho. Não seria inesperado, dado outros processos de saída de crises da economia brasileira, que essa população, dada a recuperação em curso, possua mais dificuldades de se empregar formalmente do que os trabalhadores de maior qualificação”.

⁵²⁷ Uma reflexão inicial sobre o contrato de trabalho verde e amarelo foi desenvolvida anteriormente e é parcialmente reproduzida neste capítulo, que a contextualiza e expande para os objetivos da tese. Para sua compreensão junto a um mapa e a uma agenda de inversões constitucionais realizadas pelos governos Temer e Bolsonaro, veja-se Bordas, Silva e Mello (2020).

⁵²⁸ “Art. 16. Fica permitida a contratação de trabalhadores pela modalidade de Contrato de Trabalho Verde e Amarelo no período de 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2022.

§ 1º Fica assegurado o prazo de contratação de até vinte e quatro meses, nos termos do disposto no art. 5º, ainda que o termo final do contrato seja posterior a 31 de dezembro de 2022 (...). ”.

§ 2º Havendo infração aos limites estabelecidos no art. 2º, o contrato de trabalho na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo será transformado automaticamente em contrato de trabalho por prazo indeterminado”.

Amarelo são possíveis desde janeiro de 2020. Se aprovada, o período se estenderá até dezembro de 2022.

O artigo 1º da MP 905/2019 define o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo como uma “modalidade de contratação destinada à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, para fins de registro do primeiro emprego em Carteira de Trabalho e Previdência Social”, contratação cujo total será limitado a 20% do total de empregados na empresa (art. 2º, §1º⁵²⁹), entre outras regras especiais, como as aplicáveis às empresas com até dez empregados⁵³⁰.

Estimulam-se as empresas a contratarem nessa modalidade, para que sejam beneficiadas com a isenção de pagamento de parcelas incidentes sobre a folha de pagamento de trabalhadores contratados sob a hibridização verde e amarela, como a contribuição previdenciária, o salário-educação e a contribuição social destinada ao Sistema S (art. 9º⁵³¹).

⁵²⁹ “§ 1º A contratação total de trabalhadores na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo fica limitada a vinte por cento do total de empregados da empresa, levando-se em consideração a folha de pagamentos do mês corrente de apuração”.

⁵³⁰ “(...) § 2º As empresas com até dez empregados, inclusive aquelas constituídas após 1º de janeiro de 2020, ficam autorizadas a contratar dois empregados na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e, na hipótese de o quantitativo de dez empregados ser superado, será aplicado o disposto no § 1º.

§ 3º Para verificação do quantitativo máximo de contratações de que trata o § 1º, deverá ser computado como unidade a fração igual ou superior a cinco décimos e desprezada a fração inferior a esse valor.

§ 4º O trabalhador contratado por outras formas de contrato de trabalho, uma vez dispensado, não poderá ser recontratado pelo mesmo empregador, na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, pelo prazo de cento e oitenta dias, contado da data de dispensa, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 1º.

§ 5º Fica assegurado às empresas que, em outubro de 2019, apurarem quantitativo de empregados inferior em, no mínimo, trinta por cento em relação ao total de empregados registrados em outubro de 2018, o direito de contratar na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, observado o limite previsto no § 1º e independentemente do disposto no caput”.

⁵³¹ “Art. 9º Ficam as empresas isentas das seguintes parcelas incidentes sobre a folha de pagamentos dos contratados na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo: (Produção de efeitos)

I - contribuição previdenciária prevista no inciso I do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

II - salário-educação previsto no inciso I do caput do art. 3º do Decreto nº 87.043, de 22 de março de 1982; e

III - contribuição social destinada ao:

a) Serviço Social da Indústria - Sesi, de que trata o art. 3º do Decreto-Lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946;

b) Serviço Social do Comércio - Sesc, de que trata o art. 3º do Decreto-Lei nº 9.853, de 13 de setembro de 1946;

c) Serviço Social do Transporte - Sest, de que trata o art. 7º da Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993;

d) Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Senai, de que trata o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942;

e) Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - Senac, de que trata o art. 4º do Decreto-Lei nº 8.621, de 10 de janeiro de 1946; (...).”.

Podem ser contratados nessa modalidade trabalhadores que possuam entre 18 e 29 anos de idade (art. 1º) e que tenham como salário-base mensal até um salário mínimo e meio nacional (art. 3º⁵³²), em busca de um “primeiro emprego” (art. 1º), condição para a qual não serão considerados alguns vínculos laborais (art. 1º, § único⁵³³). A celebração do contrato de trabalho verde e amarelo será realizada por prazo determinado, de até 24 meses, para qualquer atividade (art. 5º). Embora seja um contrato de trabalho por prazo determinado, ao contrato verde e amarelo não se aplica o disposto no art. 451 da CLT, segundo o qual “O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo” (art. 5º, §2º⁵³⁴).

Entre outras características especiais dessa modalidade contratual, destacam-se os seguintes aspectos da MP 905/2019:

1. Determina-se o desconto da contribuição previdenciária sobre os valores do seguro-desemprego, ou seja, sobre a verba recebida por aquele que foi demitido, mediante a inserção do art. 4-B e 15 na Lei 7.998/1990⁵³⁵. Essa disposição entrará em vigor no primeiro dia do quarto mês subsequente ao da publicação, conforme art. 53, II⁵³⁶.

2. Modifica-se a forma de cálculo dos juros do valor devido pelo empregador ao trabalhador. Antes do ato normativo, incidiam juros de 1% ao mês sobre os débitos trabalhistas. Com a edição da MP 905/2019, modifica-se o art. 39 da Lei 8.177/1991,

⁵³² “Art. 3º Poderão ser contratados na modalidade Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, os trabalhadores com salário-base mensal de até um salário-mínimo e meio nacional”.

⁵³³ “Parágrafo único. Para fins da caracterização como primeiro emprego, não serão considerados os seguintes vínculos laborais:

I - menor aprendiz;

II - contrato de experiência;

III - trabalho intermitente; e

IV - trabalho avulso”.

⁵³⁴ “§ 2º O disposto no [art. 451 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943](#), não se aplica ao Contrato de Trabalho Verde e Amarelo”.

⁵³⁵ “Art. 4-B. Sobre os valores pagos ao beneficiário do seguro-desemprego será descontada a respectiva contribuição previdenciária e o período será computado para efeito de concessão de benefícios previdenciários.” (NR) (Vigência)

“Art. 9º-A. O abono será pago por meio de instituições financeiras, mediante:

(...)“Art. 15. Os pagamentos dos benefícios do Programa Seguro-Desemprego e do abono salarial serão realizados por meio de instituições financeiras, conforme regulamento editado pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia”.

⁵³⁶ Art. 53. Esta Medida Provisória entra em vigor:

I - noventa dias após a data de sua publicação, quanto às alterações promovidas pelo art. 28 nos art. 161, art. 634 e art. 634-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943;

II - no primeiro dia do quarto mês subsequente ao da publicação desta Medida Provisória, quanto à inclusão do art. 4º-B na Lei nº 7.998, de 1990, promovida pelo art. 43; e

III - na data de sua publicação, quanto aos demais dispositivos”.

para diminuir drasticamente o valor que será pago aos trabalhadores, ao estabelecer como regra a aplicação do índice da caderneta de poupança⁵³⁷.

3. O acidente de trajeto deixa de ser equiparado ao acidente de trabalho, com a revogação do art. 21, IV, “d”, da Lei 8.213/1991⁵³⁸;

4. O trabalho aos domingos e feriados deixa de requerer permissão prévia, permanente ou transitória, e passa a ser autorizado, restando estabelecido que, nos comércios e serviços, o repouso semanal remunerado (RSR) deverá coincidir com o domingo, no mínimo, uma vez a quatro semanas; na indústria, o RSR deverá coincidir com o domingo, no mínimo, uma vez a cada sete semanas. Essa alteração é operada por meio da modificação dos artigos 67, 68, 70 e 156 da CLT⁵³⁹;

5. A regência de aulas e o trabalho em exames, que eram proibidos aos professores aos domingos, passam a ser permitidos, com a revogação do art. 319 da CLT⁵⁴⁰.

A este conjunto de modalidades contratuais, com suas ilegalidades expandidas do trabalho, comenta-se ainda o contrato de trabalho desportivo, cuja regulação foi modificada em 2011 e 2015 por leis federais e do qual o estudo das peculiaridades será útil à consecução do argumento da tese, na seção seguinte.

O contrato de trabalho desportivo possui peculiaridade prevista na Constituição Federal, denominada direito de arena. Conforme a CRFB/1988, art. 5º, XXVIII: “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”. O jogador também possui o direito de imagem, referente à imagem do trabalhador, que não se confunde com o direito de arena e será comentado posteriormente.

⁵³⁷ “Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador ou pelo empregado, nos termos previstos em lei, convenção ou acordo coletivo, sentença normativa ou cláusula contratual, sofrerão juros de mora equivalentes ao índice aplicado à caderneta de poupança, no período compreendido entre o mês subsequente ao vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento”.

⁵³⁸ Antiga redação, ora revogada: “Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: (...) IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: (...) d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado”.

⁵³⁹ Para acompanhar as novas regras, o artigo 1º da Lei 605/1949 também foi alterado. Suprimindo-se trecho que determinava que RSR deveria ser “preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local”.

⁵⁴⁰ Antiga redação do art. 319 da CLT: “Art. 319 - Aos professores é vedado, aos domingos, a regência de aulas e o trabalho em exames”.

O direito de arena diz respeito ao direito que o trabalhador-atleta possui em relação à criação de um certo produto ou espetáculo cultural. Observe-se que o espectador de televisão é entendido como consumidor e o jogador de futebol, portanto, cria uma espécie de espetáculo, o jogo, no qual uma certa coletividade, o time, é filmado. Assim, os clubes de futebol vendem direitos audiovisuais de jogos de futebol para empresas de televisão.

O direito de arena, assim, é uma espécie de participação, do atleta, em um contrato externo ao contrato desportivo: o atleta recebe uma porcentagem do contrato entre clubes desportivos e empresas televisivas. Assim como pode variar o valor financeiro que cada clube pode receber, também variará o valor que cada atleta receberá.

A Lei 9.615/1998 disciplina o contrato de trabalho desportivo. Em 2011 e 2015, foi alterada pelas Leis 12.395/2011 e 13.155/2015, que modificaram, entre outros temas, a regulação do direito de arena, previsto no art. 42 do diploma normativo:

Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem.

O dispositivo normativo, após as inovações legais, diminuiu o valor da porcentagem do direito de arena que seria destinado aos trabalhadores, de 20% para 5% (art. 42, §1º)⁵⁴¹. Como se percebe, é indicado que trabalhadores e trabalhadoras receberão o valor dividido entre todos igualmente. Este valor é devido inclusive aos jogadores que compõem o banco de reservas, por exemplo, pois eles também fazem parte da obra criada pelo time, o jogo de futebol. A situação prevista como “flagrante”, na qual não há necessidade de pagamento às atletas e aos atletas, ocorre quando há divulgação parcial do espetáculo. O limite previsto legalmente é de 3% do total do tempo de espetáculo ou evento (art. 42, §2º)⁵⁴².

⁵⁴¹ “§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil”. [Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011].

⁵⁴² “§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos ou para a captação de apostas legalmente autorizadas, respeitadas as seguintes condições: I - a captação das imagens para a exibição de flagrante de espetáculo ou evento desportivo dar-se-á em locais reservados, nos estádios e ginásios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia; II - a duração de todas as imagens do flagrante do espetáculo ou evento desportivo exibidas não poderá exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou

Também foi inovado o tratamento jurídico destinado ao direito de imagem no contrato desportivo. A Lei 12.395/2011 e a Lei 13.155/2015 incluíram o art. 87-A e seu §1º à Lei 9.615/1998. Fixou-se entendimento de que o direito ao uso de imagem do atleta pode ser cedido ou explorado, mediante ajuste contratual civil, no qual o valor total não poderá ser superior a 40% do valor total da remuneração. A natureza jurídica da parcela, portanto, deixou de ser caracterizada como salarial. Ao ser considerada verba não salarial, a parcela deixa de gerar repercussões em verbas como décimo terceiro, férias, aviso prévio, depósito do FGTS etc.

Desse modo, o contrato especial desportivo trabalhista prevê, sobre um dos direitos concernentes à personalidade do trabalhador, a sua imagem, a possibilidade de que seja considerado um bem jurídico e transacionado, com larga margem de disposição da liberdade contratual. Por exemplo, é possível fixar um salário mensal de dez mil reais mensais e uma parcela remuneratória do direito de imagem de quatro mil reais. O décimo terceiro, nesse caso, será calculado sobre dez mil reais.

É importante compreender o perfil deste setor profissional da classe trabalhadora, para o que a sistematização de dados da CBF, por Mandel e Santos (2018), é particularmente interessante:

Tabela 12 – Faixa Salarial dos Jogadores Profissionais de Futebol no Brasil (2016)

Salário	Número de atletas	%
Até R\$ 1.000,00	23.238	82,40%
De R\$ 1.000,01 até R\$ 5.000,00	3.859	13,68%
De R\$ 5.000,01 até R\$ 10.000,00	381	1,35%
De R\$ 10.000,01 até R\$ 50.000,00	499	1,77%
De R\$ 50.000,01 até R\$ 100.000,00	112	0,40%
De R\$ 100.000,01 até R\$ 200.000,00	78	0,28%
De R\$ 200.000,01 até R\$ 500.000,00	35	0,12%
Acima de R\$ 500.000,01	1	0,00%
Total	28.203	100,00%

Fonte: MENDES; SANTOS, 2018, p. 200, com base em dados da CBF.

evento; III - é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial”. [Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011].

Para a extrema maior parte desses trabalhadores e trabalhadoras, eventual contrato sobre direito de imagem provavelmente será uma forma de fraudar direitos sociais. Como observam Carlos Heller Mandel e Fernando Burgos Pimentel dos Santos (2018, p. 200), “Os dados da CBF mostram que mesmo que o ‘sonho’ de mudar a própria vida e da família esteja presente no imaginário de grande parte destes jogadores, menos de 4% deles recebem um salário maior do que 5 mil reais”.

Entre as cláusulas obrigatórias do contrato desportivo de trabalho, incluídas pela Lei 12.395/2011 na Lei 9.615/1998, encontra-se a limitação semanal da jornada de trabalho, para 44 horas semanais (art. 28, §4º, VI)⁵⁴³ e a previsão de exceção a essa limitação, dada pela figura jurídica do período de concentração (art. 28, §4º, I, II e III⁵⁴⁴).

Sobre o tema do não pagamento de horas extraordinárias durante o período de concentração, Camargo e Calcini (2013) comentam que os trabalhadores ficam subordinados a ordens, inclusive sobre descanso e alimentação, bem como privado do convívio com familiares⁵⁴⁵. Não haveria razão, portanto, para não pagamento de horas extraordinárias pelo período, no sentido das decisões do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema⁵⁴⁶.

O período de concentração, assim como o período em que empregadas domésticas ficam na residência de seus empregadores, é um tempo extraído à força de

⁵⁴³ Lei 9.615/1998, art. 28, §4º, VI: “Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: (...) §4º. (...) VI - jornada de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais”.

⁵⁴⁴ Lei 9.615/1998, art. 28, §4º, I, II e III: “§ 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes:

I - se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede;

II - o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto;

III - acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual”.

⁵⁴⁵ “Isso porque, no período destinado à concentração, o atleta está sujeito ao cumprimento de ordens, devendo respeitar, por exemplo, os horários de descanso, de preparação que antecede os jogos e de alimentação. Tudo, enfim, a propiciar que esteja em plenas condições de saúde física e psicológica para um melhor aproveitamento e performance em campo. Aliás, durante o período de concentração, o atleta está privado do convívio com seus familiares, estando, inquestionavelmente, a serviço de seu empregador, o clube de futebol” (CAMARGO; CALCINI, 2013).

⁵⁴⁶ Veja-se decisão do Recurso de Revista 129700-34.2002.5.03.0104, julgado em 2009: “JOGADOR DE FUTEBOL. HORAS EXTRAS. PERÍODO DE CONCENTRAÇÃO. Nos termos do art. 7º da Lei 6.534/76, a concentração do jogador de futebol é uma característica especial do contrato de trabalho do atleta profissional, não se admitindo o deferimento de horas extras neste período. Recurso de Revista conhecido e não provido. (RR - 129700-34.2002.5.03.0104 , Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – 2ª Turma, Data de Publicação: 07/08/2009)”.

jogadores e domésticas, sem contraprestação. As contratualidades híbridas realizam uma perversa sucção forçada da energia de trabalhadoras e trabalhadores e apresentam fortes traços de impacto discriminatório sobre setores da classe trabalhadora, em temas como direito à privacidade. É o que se passará a analisar.

3.2 Expansão seletiva do Direito Laboral: miragens de estabilidade subordinada

A conformação de novos tipos contratuais, em alternativa hibridizada ao contrato de emprego, realiza uma ampliação seletiva do Direito do Trabalho. Intermitentes, autônomas, cabeleireiras, verde e amarelos, atletas, pejotizados, uberizados, provisórios permanentes demonstram como as modalidades híbridas alteram a relação entre acumulação capitalista e informalidade do trabalho. O Estado, por meio do poder da legalidade (MÉSZÁROS, 2011), simplifica processos de conflito, fornece aparência de harmonia à anarquia da produção e propõe miragens de estabilidade às ilegalidades expandidas, mediante a instituição de arranjos contratuais híbridos.

O fundamento constitucional e teórico dessas transformações foi analisado anteriormente e engendrou a possibilidade de interpretar esses processos de precarização do trabalho como expansão, e não redução da intervenção estatal. Observa-se que há mais ordem do trabalho, sob a desordem do capital (TUMOLO, 2001), constituindo uma certa organização na dispersão (HARVEY, 2004; ABÍLIO, 2014), como processo de modernização do arcaico (OLIVEIRA, 2013) e fortalecimento da empresa, em uma perspectiva de Estado Ampliado (BERNARDO, 2009; BERNARDO, 2010).

A aparência de crise contratual, decorrente das ações sucessivas dos poderes legislativo e judicial, não se expressa apenas em alternativas *ao* contrato de emprego. Mas se expressa também em hibridizações *no* contrato de emprego, referentes às cláusulas de ordem pública infundidas pela lei no contrato. A crise é antes um movimento do que uma situação; mais próxima de uma processualidade crescente, e não de um problema, a ser solucionado juridicamente.

O Estado assume, no fortalecimento das liberdades contratuais, a posição política de legitimação da ameaça permanente de aumento da exploração e das dinâmicas de espoliação, por meio de instrumentos contratuais. Sitia-se a personalidade, que deve ser disponibilizada, inclusive nos seus saberes tácitos (WOLFF, 2009). A

percepção por trabalhadoras e trabalhadores de que suas profissões são potencialmente *uberizáveis* foi anotada por Abílio (2017), que vê a uberização como uma “tendência que está costurando o mundo do trabalho muito além do motorista Uber ou do motoboy, como se todo mundo se soubesse potencialmente uberizável, atravessando as relações afetivas, uma série de formas e esferas da vida (...)”.

Observam-se, nesta seção com foco no contrato de emprego, traços concretos da expansão seletiva do Direito do Trabalho brasileiro, que se realiza pelas metamorfoses dos poderes do capital e dos limites da liberdade. As obrigações jurídicas ordenadas por patrões, no exercício do poder empregatício, incidem sobre sujeitos com tempos, privacidades, corpos e, portanto, contratos desiguais, ainda que formalmente unificados. Em outras palavras: a violência racista, sexista e homotransfóbica, nas relações laborais, recebe uma moldagem própria, observável empiricamente, na qual se podem perceber reproduções e coextensões das relações de poder estabelecidas em relações sociais externas ao contrato de trabalho, que sobre ele exercem pressão.

O deslocamento forçado do trabalho ao campo da regulação jurídica privada, no contexto da crise estrutural do capital e das ilegalidades expandidas, torna crescentemente invisíveis os casos de discriminação para parte dos tribunais trabalhistas. Um tratamento jurídico adequado deste mosaico de hibridismos contratuais exige mobilizar as energias da crítica pública contra a violência discriminatória.

Nessa perspectiva, colhem-se elementos empíricos de situações de assédio homotransfóbico, com o objetivo de ensaiar uma abordagem inicial das hostilidades contratuais resultantes de uma discriminação homotransfóbica indireta na legislação laboral (*disparate impact*), como contribuição à perspectiva do direito antidiscriminatório (RIOS, 2008, p. 119 e 126), no ramo juslaboral.

Como na seção anterior, no nível do método efetivo (THIOLLENT, 1994, p. 25), combina-se a utilização de técnicas de pesquisa bibliográfica, da amostragem de caso único e de entrevistas semi-estruturadas no âmbito da pesquisa-ação (PIRES, 2008, p. 175; FONSECA, 2017, p. 377; THIOLLENT, 1994), com o objetivo de combinar as informações empíricas à contribuição para reconstrução da teoria social do contrato de trabalho. Com base no tratamento judicial e contratual das informações empíricas, delineiam-se com maior clareza as figuras que compõem as miragens de uma estabilidade subordinada, recobertas por práticas discriminatórias e precarizantes.

Na primeira seção (3.1), revisita-se o problema da crise tipicidade contratual. Nesta segunda seção (3.2), revisita-se o tema da crise do contrato e de um desenho institucional discriminatório no Direito Laboral.

Fixado o objetivo, levanta-se o problema da discriminação laboral, em um primeiro momento (3.2.1), a partir da análise de razões de decidir de magistrados diante de denúncias de assédio moral homotransfóbico, no período recente. O tema é particularmente importante em uma situação política de ascenso do neoliberalismo autoritário, em que entrecruzam a intenção antidiscriminatória do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019a) e o fortalecimento político, em nível mundial, de líderes neoliberais que manipulam a imagem das perdas dos “descaminhos da nação”, em defesa de um “passado mítico de famílias felizes, íntegras e heterossexuais, quando mulheres e minorias sexuais sabiam seus lugares (...)” (BROWN, 2019, p. 13)⁵⁴⁷.

Para possibilitar uma análise crítica dos acórdãos, retoma-se a crítica antidiscriminatória das decisões judiciais no país e o sentido categorial das hostilidades contratuais, analisando-as no contexto da discriminação homotransfóbica no contrato de trabalho, antes expostas (BORRILLO; FORMOND, 2007; RIOS, 2008; RIOS; OLIVEIRA, 2012; ÁVILA; RIOS, 2006; OKITA, 2007; RIOS; MELLO, 2014; RIOS; MELLO, 2015).

Torna-se possível, então, analisar efeitos concretos de um desenho institucional discriminatório do direito à privacidade no contrato de trabalho, com especial impacto sobre negros e negras, mulheres e LGBTIs. Combinam-se, na exposição, elementos colhidos em atos normativos estatais, em especial na contrarreforma trabalhista, e a análise de decisões judiciais sobre privacidade.

Na segunda subseção (3.2.2), retoma-se e aprofunda-se a noção de crise do contrato de trabalho, com a exposição de traços do crescente tensionamento que marca a disputa pela limitação legal do objeto contratual e das liberdades do trabalho. Criam-se novos bens jurídicos tutelados pelo Direito Laboral, reordenam-se regras sobre o assédio moral e o acesso à Justiça do Trabalho, bem como se expande a renunciabilidade de direitos em nível de liberdades contratuais individuais e coletivas, reguladas pela lei.

⁵⁴⁷ Em *Nas ruínas do neoliberalismo*, Wendy Brown (2019) argumenta que os *slogans* de campanha dos líderes da direita autoritária explicam “o mundo de conta de fadas que os líderes populistas de direita prometeram proteger e restaurar. Os *slogans* das campanhas dizem tudo: ‘Make America great again’ [Faça a América grande de novo] (Trump), ‘A França para os franceses’ (Le Pen e a Frente Nacional), ‘Take back control’ [Recupere o controle] (Brexit), ‘Nossa cultura, nosso lar, nossa Alemanha’ (Alternativa para a Alemanha), ‘Polônia pura, Polônia branca’ (Partido Polonês da Lei e da Justiça), ‘Mantenha a Suécia sueca’ (Democratas Suecas)” (BROWN, 2019, p. 14).

Decisões e enunciados do TST ajudam a apreender criticamente as alterações e observar as ilegalidades contidas em cláusulas contratuais de emprego, elevadas à categoria de normas de ordem pública.

Uma série de questões segue latente nos tipos contratuais híbridos e nas tensões da reificação. O trabalho de investigação juslaboral no Brasil requer, crescentemente, a experiência de supor criativamente, construir relações entre sociologia do trabalho e atos normativos, aproximar-se da inquietação social dos de baixo e, com eles e elas, permitir-se aprender sobre rebeldias contratuais e revoltas contra patrões, sindicatos e Estado. Lições da experiência de pesquisa, assim, encerram o presente capítulo.

3.2.1 Hostilidades contratuais racistas, homotransfóbicas e sexistas

Uma vez que aspectos de seus direitos de personalidade são expropriados desde sua infância, pessoas que sofrem discriminação são potencialmente vulneráveis às ambiguidades da liberdade contratual na relação de trabalho. As relações de classe, gênero, raça e sexualidade se reproduzem e co-produzem também no contrato de emprego, em especial pela relação de poder estabelecida sobre o corpo, o tempo, a privacidade e a identidade da pessoa que trabalha, como se desenvolveu (KERGOAT, 2010; CRENSHAW, 2002; ARRUZZA, 2011; BORRILLO; FORMOND, 2007; SUPIOT, 2016; GEDIEL; CORRÊA, 2008; COUTINHO; ARAÚJO, 2016).

A subseção se divide em dois momentos. No primeiro (a), observam-se hostilidades contratuais homotransfóbicas na concretude de autos judiciais. Na sequência (b), analisam-se impactos discriminatórios (*disparate impact*) de alterações legais da contrarreforma trabalhista, do ponto de vista do direito à privacidade.

a) Magistrados diante da homotransfobia

Em 1981, foi publicado texto seminal da Facção Homossexual da Convergência Socialista, com objetivo de fundar uma Secretaria de Gays e Lésbicas da organização política, então corrente interna do Partido dos Trabalhadores (OKITA, 2007, p. 07). Sobre a relação entre homotransfobia e trabalho, denunciava o documento:

(...) [ocorrem] uma série de testes e entrevistas, feitas em grande parte por assessorias de "recursos humanos" filiadas às multinacionais, que são utilizadas para detectar a homossexualidade nas pessoas entrevistadas. As pessoas que conseguiram responder corretamente e passar pelos testes e entrevistas, enfrentam inúmeras restrições e discriminações no trabalho. A maioria das empresas só promovem casados para os postos de decisão. O homossexual tende a isolar-se

dos companheiros de trabalho para evitar a marginalização e o patrão tem todo o direito de mandá-lo embora sem maiores explicações. Assim, é difícil apontar discriminação contra um homossexual quando ele é despedido do seu emprego. Porém, poderiam ser citados centenas de exemplos de operários, bancários, professores etc. que perderam seus empregos por serem homossexuais (OKITA, 2007, p. 83).

O grupo trotskista compreendia que o trabalho se caracterizava pelo exercício de violações contra homossexuais desde o momento pré-contratual, nas entrevistas de emprego, até limitações para a promoção e para as relações com colegas, além dos casos de demissões homofóbicas. Desta característica de “normalidade” deriva a invisibilidade de formas de hostilidade contratuais homotransfóbicas, camufladas no poder empregatício exercido por força do contrato de trabalho.

Esta avaliação se aproxima à de João Bernardo (2004), em *democracia totalitária*. O autor português sublinha a relação entre fordismo e formas extraconsensuais de repressão, baseado no policiamento sem precedentes instalado por Henry Ford⁵⁴⁸ e extendido pelo neoliberalismo, que não reduz a vigilância, mas a amplia⁵⁴⁹. Conforme Bernardo (2004), noventa por cento das 500 maiores firmas dos Estados Unidos se tornaram clientes de serviços de segurança privada, na década de 1990. A quantidade de agentes privados chegou ao triplo de agentes públicos, no montante de um milhão e meio de trabalhadores⁵⁵⁰.

Na investigação privada demandada, incluía-se a análise da sexualidade do trabalhador e da trabalhadora com detectores de mentiras, com cerca de dois milhões de

⁵⁴⁸ “Nesta perspectiva, não deixa de ser muito interessante o pudor da grande maioria dos estudiosos da administração de empresa, que examinam com minúcia as inovações do fordismo, enquanto aplicação do taylorismo à produção em massa de bens de consumo, mas curiosamente esquecem que Henry Ford organizou um policiamento privado com uma dimensão sem precedentes, recorrendo a alguns elementos oriundos dos serviços secretos do seu país e alistando também russos emigrados, ex-oficiais ou antigos membros da polícia política do czarismo, que durante a guerra civil haviam combatido os bolchevistas. Sempre apavorado com qualquer manifestação operária e socialista e obsessivamente anti-semita, Ford deu instruções à sua organização de espionagem não só para seguir os passos dos militantes políticos e sindicais no interior das fábricas da companhia, mas igualmente para se infiltrar nos meios da grande imprensa, nas principais universidades, noutras empresas e até nas esferas governativas” (BERNARDO, 2004, p. 121).

⁵⁴⁹ “Em conclusão, o exercício da soberania pelas empresas não se reduz à aplicação prática de técnicas de organização da força de trabalho, mas inclui igualmente formas extraconsensuais de repressão, quando não mesmo formas extralegais. E o neoliberalismo, apesar de se apresentar como promotor da redução das relações sociais aos mecanismos do mercado, de modo algum dispensou modalidades não económicas de vigilância e de repressão. Pelo contrário, deu-lhes uma amplitude ainda maior” (BERNARDO, 2004, p. 121).

⁵⁵⁰ Segundo João Bernardo, a General Motors, em 1978, possuía 4200 agentes privados e que, em meados da década de 1980, cerca de 100 entre as 500 maiores empresas dos Estados Unidos recorria a serviços de investigação particulares; a segurança privada possuía um orçamento de US\$22bi por ano e passou a ter um orçamento de US\$ 90bi na década seguinte; as despesas públicas se reduziam a US\$14bi na década de 1980 e US\$40bi na década de 1990 (BERNARDO, 2004, p. 122)

testes na década de 1990. O *impacto discriminatório* sobre LGBTIs da legalidade de tal medida é evidente. Como descreve Bernardo:

Durante a década de 1980, porém, com o refluxo das lutas e o começo da implantação do neoliberalismo, de novo o uso de detectores de mentiras aumentou nas empresas norte-americanas, e em algumas foram mesmo empregues para averiguar as opiniões políticas e as preferências sexuais dos trabalhadores. Vários cálculos indicam que na segunda metade da década de 1980 teriam sido aplicados anualmente cerca de dois milhões de testes de detectores no sector privado dos Estados Unidos, o que representaria talvez o triplo do número de testes aplicados nos meados da década de 1970 (BERNARDO, 2004, p. 124).

Expande-se a capacidade de fiscalização das empresas, com o avanço da tecnologia. Bernardo observa, por exemplo, que os instrumentos microeletrônicos são, a um só tempo, instrumentos de trabalho e mecanismos de controle de trabalhadores. A ideia de que a privacidade termina “na porta da fábrica” pareceria ainda mais ingênua hoje, “porque sabemos que nem mesmo as portas de nossa casa são já suficientes para resguardar a intimidade” (BERNARDO, 2004, p. 130).

As diferentes formas como a identidade gay foi moldada pelo regime de acumulação capitalista, no fordismo e no pós-fordismo, foram sublinhadas por Peter Drucker (2010). Como ressalta:

Após 1945, as condições de vida da classe trabalhadora nos países capitalistas melhoraram significativamente dentro da ordem fordista, em que os aumentos na produtividade do trabalho eram acompanhados de um aumento real do salário que sustentava um aumento da demanda efetiva, além de muitas formas de previdência social que amorteciam os golpes que atingiam os trabalhadores durante as quedas dos ciclos econômicos.

O resultado disso foi que pela primeira vez massas de trabalhadores, assim como estudantes e outras pessoas, puderam viver de forma independente de suas famílias. A estrutura das famílias da classe trabalhadora e os papéis de gênero também mudaram. Pela primeira vez desde que o salário familiar havia virado um ideal apreciado, e às vezes uma realidade para amplas camadas da classe operária da metade ao fim do século XIX, a Segunda Guerra Mundial fez com que o trabalho assalariado se tornasse normal (pelo menos temporariamente) até mesmo para mulheres “respeitáveis” da classe trabalhadora e média (DRUCKER, 2010, *tradução livre*)⁵⁵¹.

⁵⁵¹ Trecho traduzido: “After 1945, working-class living standards in capitalist countries went up dramatically under the Fordist order, in which increases in labor productivity were matched to a large extent with increasing real wages that sustained increasing effective demand, and many forms of social insurance cushioned the blows that hit working people during dips in the business cycle. As a result, for the first time masses of working-class people as well as students and others were able to live independently of their families. Working-class family structures and gender roles also changed. For the first time since the family wage became a cherished ideal, and sometimes a reality, for broad working-

As ideias neoliberais, na materialidade concreta dos grupos que as dirigem, são veiculadas por uma espécie de “Internacional Neoliberal” ou “Coletivo de Pensamento Neoliberal”, que se configura como uma “rede transatlântica de acadêmicos, empresários, jornalistas e ativistas” (BROWN, 2019, p. 21). Suas características cruciais, na leitura de Brown, envolvem “habilitar o mercado e a moral para governar e disciplinar indivíduos, ao mesmo tempo maximizando a liberdade” (BROWN, 2019, p. 21)⁵⁵². Não se trata do capitalismo de livre mercado, mas de “criar e sustentar uma ordem ampliada”, pela ação conjunta entre moral e mercado. Este *hibridismo* entre neoliberalismo e neoconservadorismo resultaria em um movimento de “desdemocratização”, segundo Brown (2019, p. 111 e 112).

Como já abordado e nesse momento se pode desenvolver mais longamente, constroem-se uma cultura antidemocrática a partir da base e formas antidemocráticas de poder estatal “desde cima”, de modo que: “a política se torna um campo de posicionamento extremo e intransigente, e a liberdade se torna um direito de apropriação, ruptura e até mesmo destruição do social – seu inimigo declarado” (BROWN, 2019, p. 39).

Uma relação específica entre mercado e família tradicional parece gestar inovações e perturbações, novas bases de segurança e sustentação da sociedade neoliberal, como já defendia Friedrich Hayek, no Discurso de 1984 à Sociedade de Mont Pèlerin:

Há [...] uma herança moral, que é uma explicação para a dominância do mundo ocidental; uma herança moral que consiste essencialmente da crença na propriedade, na honestidade e na família, todas coisas que não pudemos e nunca fomos capazes de justificar intelectualmente de modo adequado [...]. Devemos retornar a um mundo em que não apenas a razão, mas a razão e a moral, como parceiras iguais, devem governar nossas vidas, onde a verdade da

class layers in the mid- to late-19th century, World War II made waged work at least temporarily normal for even respectable working-class and middle-class women” (DRUCKER, 2010).

⁵⁵² A cientista política estadunidense diferencia as ideias neoliberais dos rumos que as sociedades tomaram. Na sua avaliação, o neoliberalismo, acidentalmente, “soltou as rédeas do setor financeiro e os modos pelos quais a financeirização solapou profundamente os sonhos neoliberais de uma ordem global competitiva, zelada por instituições supranacionais, de um lado, e viabilizada por Estados plenamente livres dos interesses e das manipulações econômicas, de outro. Em terceiro, temos os modos como o mercado e a moral se distorceram à medida que foram submetidos às gramáticas e ao espírito um do outro – isto é, à medida que a moralidade foi mercantilizada e os mercados, moralizados” (BROWN, 2019, p. 26 e 26).

moral é simplesmente uma tradição moral, a do Ocidente cristão, que criou a moral na civilização moderna (HAYEK, 1984)⁵⁵³.

É possível uma explicação alternativa àquela que entende que neoliberalismo e conservadorismo moral estão em trilhos separados. Diferentes abordagens caracterizaram a relação entre moral e mercado como de complemento, hibridismo, ressonância, convergência ou exploração mútua, em interessante sistematização de perspectivas realizada por Brown (2019). O neoliberalismo realmente existente, no entanto, combina o desmonte da provisão pública à extensão de normas privadas. De um lado, pela mercantilização; de outro, a vida cotidiana é familiarizada (BROWN, 2019, p. 133)⁵⁵⁴.

A ampliação das normas privadas é compreendida como relacionada às desigualdades de classe, gênero, sexualidade e raça:

A expansão da ‘esfera pessoal protegida’ em nome da liberdade, então, não apenas assegura poderes desigualitários de classe, gênero, sexualidade e raça; ela gera uma *imago* e um *ethos* da nação que rejeitam uma ordem pública, plural, secular e democrática em nome de uma ordem privada, homogênea e familiar. Aquela é caracterizada por compromissos com uma abertura modesta, diversidade, igualdade social e política e o Estado de direito. Esta, especialmente em sua forma tradicional, é murada, homogênea, unificada, hierárquica e autoritária (BROWN, 2019, p. 144, grifos da autora).

Ao longo das décadas de 1980 e 1990, como desenvolve Peter Drucker (2010), cenas comerciais gays e lésbicas cresceram e se desenvolveram para um estrato com maior renda e acesso a direitos da classe trabalhadora LGBTI, em especial nos países desenvolvidos. Ao mesmo tempo, o enfraquecimento dos direitos sociais ao conjunto da classe trabalhadora, com o neoliberalismo, atingiu LGBTIs de maneira especial. Trata-se, justamente, da percepção de que a ausência de redes de solidariedade familiar mais ampla, aos LGBTIs, faz com que a desigualdade resultante da diminuição da renda de salários afete esta comunidade com uma intensidade particular (DRUCKER, 2010).

Nesse sentido, exemplificativamente, LGBTIs podem ser forçados a morar com suas famílias, pelo desemprego ou pelo subemprego, em residências nas quais

⁵⁵³ Disponibiliza-se o *link* para a fonte original, documento dos arquivos da Fundação Margaret Thatcher, nas referências da tese. Entretanto, apresenta-se a citação na versão traduzida por Mario Marino e Eduardo Santos, no livro de Brown (2019, p. 133).

⁵⁵⁴ Conforme Brown, “a vida cotidiana é mercantilizada de um lado e ‘familiarizada’ de outro pela racionalidade neoliberal, estes processos gêmeos contestam os princípios de igualdade, secularismo, pluralismo e inclusão, junto com a determinação democrática de um bem comum” (BROWN, 2019, p. 133).

geralmente seu direito à liberdade sexual é muito reduzido. Também podem ser prejudicados por cortes de laços com familiares, em situação na qual já sejam independentes e necessitem de algum tipo de apoio, por conta da crise.

Se a vida privada estiver sendo, como descreve Brown (2019), *familiarizada*, ganha importância acentuar a homotransfobia como modalidade de discriminação sexista (BORRILLO, 2010, p. 34), em sua relação com a família. Como problematiza Borrillo (2010, p. 17), a homotransfobia familiar é uma realidade “consensual” e “banal”, dado que não há maiores questionamentos ao fato de a homossexualidade de filhos é “fonte de forte sofrimento” para famílias, em contraste ao fato de que não costumam ficar inquietas diante do fato de ter um filho homotransfóbico. Daí o “destino trágico” de homossexuais a se entenderem incapazes de vida familiar e a solidão que desenvolvem, inclusive no trabalho (BORRILLO, 2010, p. 101; OKITA, 2007, p. 83).

A relação entre neoliberalismo e neoconservadorismo pode encontrar suas raízes em determinada vertente de politização da sociedade e da ética, e não na suposição do abandono puro e simples da intervenção estatal na sociedade. O resultado real das políticas neoliberais, nesse sentido, deveria ser descrito como “uma versão distorcida do sonho de Hayek – substituindo a sociedade governada democraticamente por uma sociedade organizada pelos mercados e pela moralidade tradicional, sob o signo da liberdade” (BROWN, 2019, p. 154).

Essas considerações sobre a relação entre neoconservadorismo, neoliberalismo e família tradicional ajudam a compreender a atualidade da atenção à homotransfobia no ambiente de trabalho. Entrevistadas milhares de trabalhadoras LGBTIs ao final da década de 1980 e ao começo dos anos 1990, cerca de 30% delas indicaram ter sofrido algum tipo de violência homotransfóbica no ambiente de trabalho, em pesquisas realizadas na Alemanha, Holanda e Grã-Bretanha. Também a jurisprudência indicava a “normalidade” das expressões concretas de homotransfobia no Estado europeu. Até 1999, por exemplo, tribunais franceses ainda admitiam como lícitas discriminações homotransfóbicas nas relações de trabalho (BORRILLO; FORMOND, 2007)⁵⁵⁵.

Estes dados também se expressaram nos Estados Unidos, onde pesquisa do "U.S. National Opinion Research Center's General Social Survey", nos anos 90, informou que a lesbofobia e a bifobia contra mulheres lhes oportunizaria menos chances de conseguirem empregos técnicos ou profissionais, restringindo-as preferencialmente

⁵⁵⁵ O tema foi desenvolvido em detalhe no Capítulo 1 e é retomado, neste momento, para contextualização do problema que se quer reconstruir.

aos empregos em serviços ou operativos; homens gays e bissexuais, por outro lado, eram mais propensos do que outros homens a conseguirem empregos técnicos e de vendas ou de escritório, mas era improvável que tivessem acesso a empregos na administração ou gerência (DRUCKER, 2010)⁵⁵⁶. Descreve o autor:

Quaisquer que sejam as causas (menos habilidade ou vontade de corresponder às expectativas de empregos baseados no gênero, migração para mercados de trabalho mais competitivos, discriminação), o resultado geral (ao contrário de afirmação sem fundamento feitas não só por ideólogos anti-gay, mas também por algumas publicações gay) é que pelo menos nos Estados Unidos, tanto gays quanto lésbicas eram e são subrepresentados nas camadas de renda superior (com renda familiar de 50,000 dólares ou mais), enquanto homens gays em particular estão representados acima do esperado nas camadas de renda inferior (renda familiar de 30,000 dólares ou menos). Outro conjunto de dados mostrou que depois de excluir diferenças em educação, idade e outros fatores, homens gays e bissexuais ganhavam de 11% a 27% menos que homens heterossexuais (DRUCKER, 2010, *tradução livre*)⁵⁵⁷.

No Brasil, a liberdade sexual e a igualdade sexual foram reconhecidas, como princípios constitucionais, a partir dos efeitos da decisão da ADI 4277, julgada conjuntamente à ADPF 132, em maio de 2011. Em decisão histórica, o STF estabeleceu a liberdade para dispor da própria sexualidade como direito fundamental e expressão da autonomia da vontade, proibindo-se a discriminação por motivo de orientação sexual (BRASIL, 2011)⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ “Dados colhidos pelo ‘U.S. National Opinion Research Center’s General Social Survey’ nos anos 90 sugerem que mulheres lésbicas e bissexuais tinham muito menos chance do que outras mulheres [heterossexuais] de conseguirem um emprego técnico ou profissional, concentrando-se em empregos de serviço ou operativos. Enquanto homens gays e bissexuais, em relação aos outros homens [heterossexuais] tendem a conseguir mais empregos técnicos, profissionais, em vendas ou escritórios, mas menos prováveis a terem empregos gerenciais” (DRUCKER, 2010, *tradução livre*). Trecho traduzido: “Data gathered by the U.S. National Opinion Research Center’s General Social Survey in the 1990s suggested that lesbian and bisexual women were still far less likely than other women to have professional or technical jobs and more likely to have service or craft/operative jobs, while gay and bisexual men were more likely than other men to have professional/technical, clerical/sales or service jobs but less likely to have managerial jobs” (DRUCKER, 2010).

⁵⁵⁷ Trecho traduzido: “Whatever the causes (less ability or willingness to meet gendered job expectations, migration to more competitive job markets, discrimination), the net result (contrary to unfounded claims made not only by anti-gay ideologues but also by some gay publications) was that at least in the United States, both gay men and lesbians were and are underrepresented in the higher-income brackets (with family incomes of \$50,000 or more), while gay men in particular are over-represented in the lower-income brackets (with family incomes of \$30,000 or less). Another set of data showed that after taking differences in education, age and other factors into account, gay and bisexual men earned 11-27% less than comparable straight men” (DRUCKER, 2010).

⁵⁵⁸ Na ementa do acórdão, restou estabelecido: “2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR

A decisão foi unânime sobre a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas as razões de decidir privilegiaram uma argumentação afiliada à tendência do “assimilacionismo familista e homoafetividade”, como formularam Rios e Oliveira (2012, p. 16), conforme identificado nos votos da maior parte dos Ministros por Rios e Mello (2014). Nas razões de decidir, revelaram-se fragilidades da construção jurisprudencial, em especial na assimilação da proteção da igualdade e da liberdade sexuais à esfera do direito de família⁵⁵⁹.

Ressalta-se que a decisão do Supremo de 2019 na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO 26), quando reconhece a inconstitucionalidade da inércia do Poder Legislativo quanto à criminalização da homotransfobia, inaugura um importante momento dos direitos sexuais no país (BRASIL, 2019a). A intensidade da violação do direito constitucional à não discriminação, no país, pode ser observada nos dados do Atlas da Violência de 2019 e denuncia as consequências deletérias da mora legislativa para o enfrentamento à violência homotransfóbica⁵⁶⁰.

Em diferentes precedentes judiciais nos anos de 2009 e 2015, registraram-se condenações em Tribunais Regionais do Trabalho referentes à prática de assédio moral homotransfóbico. Os casos demonstram agressões verbais sofridas por trabalhadores e trabalhadoras LGBTIs, em razão de sua sexualidade ou identidade de gênero (BRASIL, 2019b; BRASIL, 2015c).

Este conjunto de relevantes precedentes, no entanto, não obstaculiza a demonstração de que a homotransfobia persiste no meio ambiente de trabalho e não é analisada de forma adequada por uma parte dos magistrados. No Agravo de Instrumento

DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA” (BRASIL, 2011). As mutações da noção de proibição de discriminação por motivo de sexo na jurisprudência do Supremo foram descritas por Ávila e Rios (2016).

⁵⁵⁹ A lógica assimilacionista, como definem Rios e Olivera, baseia o reconhecimento de direitos sexuais na satisfação de predicados heterossexistas: “Nesta, o reconhecimento dos direitos depende da satisfação de predicados como comportamento adequado, aprovação social, reprodução de uma ideologia familista, fidelidade conjugal como valor imprescindível e reiteração de papéis definidos de gênero. Daí, inclusive, a dificuldade de lidar com temas como prostituição, travestilidades, liberdade sexual, sadomasoquismo e pornografia” (RIOS E OLIVEIRA, 2012, p. 13). Em uma perspectiva mais geral sobre a relação entre assimilacionismo e discriminação indireta racial, define Rios (2008, p. 140 e 141): “O assimilacionismo é entendido como um processo social através do qual membros de etnias ou raças pertencentes a grupos subordinados ou identificados como inferiores adotam padrões culturais e sociais de grupos dominantes, em detrimento daqueles que originalmente os caracterizavam (...)”.

⁵⁶⁰ Para uma discussão com o abolicionismo penal sobre a criminalização da homotransfobia, sob a perspectiva da criminologia crítica, veja-se Rios e Mello (2015).

em Recurso de Revista 1511-35.2014.5.09.0012, julgado em 2017, a Ministra Dora Maria da Costa, do Tribunal Superior do Trabalho, entendeu que a prova sobre a situação de assédio homotransfóbico era dividida (BRASIL, 2017e).

Na sua avaliação, além da prova dividida, a trabalhadora teria aceitado suspensões sem contestação, o que corroboraria que não houve atitude persecutória ou atentatória à sua dignidade⁵⁶¹. Os assuntos efetivamente envolvidos na Reclamação Trabalhista e as provas juntadas não puderam ser analisados, pois o processo correu sob sigilo de justiça e, neste caso, os autos não ficam disponíveis para consulta.

No Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 414-64.2016.5.12.0038, julgado pelo TST em 2018, entendeu-se possível reconhecer o dano moral homotransfóbico, sem reconhecer que a demissão ocorrida teria sido discriminatória ou homotransfóbica.

A sentença emanada pelo Juiz do Trabalho e mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho não reconhece a dispensa discriminatória, sob o fundamento de que o superior hierárquico acusado de homotransfobia teria, sob sua subordinação, outro empregado homossexual⁵⁶². Nas palavras do Juiz do Trabalho: “Quem pratica homofobia (atitude perversa, vil, inescrupulosa e que só é praticada por pessoas completamente ignorantes e sem o mínimo de respeito pelo ser humano) o faz em relação a todas as pessoas que perfilham da mesma opção sexual, não elegendo esta ou aquela pessoa” (BRASIL, 2018d).

Trata-se de demanda de trabalhador homossexual contra frigorífico onde trabalhava, organizado sob a forma jurídica cooperativa. Entre as agressões homotransfóbicas narradas pelo autor em sua petição inicial, destacam-se xingamentos

⁵⁶¹ Na ementa do acórdão, lê-se: “Com efeito, além de a prova ter-se mostrado dividida, a própria reclamante reconheceu o descumprimento de normas da empresa, incorrendo em ato de indisciplina, sendo lícita, portanto, a sua suspensão por tais fatos. Ademais, a Corte de origem consignou expressamente que, em relação às advertências e suspensões, também não ficou constatada nenhuma conduta persecutória ou atentatória da dignidade da reclamante, haja vista que a obreira não havia exercido seu direito de contestar as medidas disciplinares aplicadas tendo, inclusive, concordado com os motivos da suspensão” (BRASIL, 2017e).

⁵⁶² Na decisão judicial de primeira instância, lê-se: “Isso porque, a equipe chefiada pelo encarregado Evandro era composta por outros funcionários homossexuais, tal como reconhecido pelo autor, que afirmou que ‘...havia outros homossexuais trabalhando na empresa, inclusive no setor em que o depoente trabalhava; que o sr. ...que o depoente mora Evandro era superior hierárquico de outros homossexuais;... com o Sr. T, com quem já teve relacionamento amoroso, mas atualmente são só amigos; que o sr. T continua trabalhando na empresa, sendo inclusive subordinado do sr. E...’ (...) Não se mostra crível e tampouco razoável que o Sr. E praticasse atos homofóbicos em relação ao autor, mas mantivesse sob sua chefia outros funcionários homossexuais, concedendo-lhes inclusive promoção, tal como atestou a testemunha ouvida a rogo da ré, Sr. J, que afirmou que ‘...o sr. T foi promovido, há cerca de um a dois meses...’” (BRASIL, 2018a).

como “veado do diabo”, “travesti deveria trabalhar na rua”, “lacraia” e xingamento pelo fato de que ele “rebolaria muito” ao realizar o seu trabalho⁵⁶³. Além disso, houve agressões físicas, ameaças⁵⁶⁴ e frases homotransfóbicas escritas costumeiramente no vestiário, inclusive com algumas fotografias juntadas ao processo como prova documental⁵⁶⁵.

A primeira das testemunhas do autor depôs que o gerente lhe afirmou que “iria dar um jeito de tirar o reclamante daquele setor, pois naquele setor só trabalhavam homens” (BRASIL, 2018a). A segunda testemunha afirmou que o gerente havia dito que iria demitir o trabalhador, por ele ser homossexual, e que teria feito um churrasco após a demissão, para comemorar a saída do trabalhador homossexual, para o qual convidou o depoente, que não compareceu. Em reunião após a saída do trabalhador, o gerente teria dito que a equipe agora estaria melhor, referindo-se ao trabalhador homossexual como “viado do diabo”⁵⁶⁶.

A terceira testemunha do autor relata que o gerente teria dito a ela que ela teria chances de crescer na empresa, mas o trabalhador não teria essas oportunidades, por ser “viado”. Destacou, ainda, que o gerente “fazia piadas em relação ao autor; que quando o autor ia caminhando para tirar a temperatura dos paletes, já ocorreu de E [gerente] ir atrás do autor imitando o mesmo no jeito de caminhar” (BRASIL, 2018a). A testemunha de defesa negou os fatos e confirmou que houve um churrasco na casa do gerente, no

⁵⁶³ Na petição inicial, lê-se [nomes adaptados; substituídos por apenas uma letra]: “O Autor sempre se mostrou proativo e tinha como costume manter higienizado o seu local de trabalho, o qual consistia em uma mesa com seus instrumentos e, logo acima, ficava situada uma esteira, que ao passar respingava o sangue das carnes. Determinado dia quando realizava sua limpeza diária, ouviu as seguintes palavras do encarregado E ‘por que você rebola tanto para limpar isso, você não está na rua; não precisa ficar rebolando desse jeito’” (BRASIL, 2018a).

⁵⁶⁴ Na petição inicial, lê-se [nomes adaptados]: “Após tudo isso, em uma quinta de manhã, dia 05 de junho de 2014, o Autor estava agachado, registrando a temperatura em um paleta, quando E [gerente] passou e empurrou dolosamente o Autor, fazendo com que este caísse. O Autor se levantou, e pediu o motivo da referida atitude. E disse que não fez nada, mandando o Autor ‘achar o que fazer’, começando a gritar, pegou pelos braços com força e falou ‘sai daqui veado do diabo’, seu ‘chinelo’ e ainda lhe disse ‘se cuide lá fora seu veado do diabo, que eu te grudo’ (o Autor registrou Boletim de Ocorrência nº 00517-2014-01632 em anexo)” (BRASIL, 2018a).

⁵⁶⁵ Na petição inicial, lê-se [nomes adaptados]: “eu faço muito sexo, tenho pressão, mas é pro A, comer o cu dele”, “o Dino foi e o próximo é o A”, “o A já foi, o próximo é o Galo, todos os bichos”, “daqui uns dias o A vai estar morando e trabalhando na rua”, “o A chupa pauzão”, “A veação que dá o cuzão” (BRASIL, 2018a).

⁵⁶⁶ Na ata da audiência de instrução, o depoimento da testemunha do trabalhador restou assim consignado [nomes adaptados]: “(...) que o sr. E falou diversas vezes ao depoente que faria de tudo para o reclamante pedir demissão; (...) [O Sr. E] já havia falado ao depoente que iria demitir o reclamante por ele ser homossexual; que o sr. E, após a demissão do reclamante, fez um churrasco em sua casa para comemorar a demissão, e convidou o depoente, que, contudo, não compareceu; que, após a saída do reclamante da empresa, houve uma reunião com os funcionários em que o sr. E falou que os funcionários agora deveriam trabalhar mais unidos por estar agora em uma equipe melhor, só de homens; (...) que em certa ocasião presenciou o sr. Evandro chamando o reclamante de ‘viado do diabo’” (BRASIL, 2018a).

qual compareceu. Ressalvou que o churrasco não foi para comemorar a saída do trabalhador homossexual. Além disso, a testemunha registra que foi promovida na empresa, há cerca de um ano.

O magistrado, com base na regra geral de distribuição estática do ônus da prova no processo do trabalho, segundo a qual direitos que requeiram a demonstração de fatos constitutivos destinam o ônus da prova ao reclamante (CLT, art. 818), entendeu que incumbiria ao demandante provar a dispensa discriminatória e que isso não fora cumprido. Sentiu-se seguro, destarte, para afirmar que “as alegações do autor de que ele, e, somente ele, era vítima de assédio em razão de sua opção sexual, não convence o Juízo” (BRASIL, 2018a).

Segundo o magistrado, os depoimentos das testemunhas do reclamante seriam contraditórios e, portanto, frágeis, inaptos como meio de prova. Como decide: “(...) observe-se que ambos os depoimentos vão de encontro ao que afirmou o próprio autor, pois o reclamante reconheceu que havia outros homossexuais trabalhando no mesmo setor que ele, e sob o comando do Sr. E, ao passo que as testemunhas afirmaram o contrário. Sem credibilidade, portanto, as testemunhas” (BRASIL, 2018a).

Não assiste razão ao magistrado. Uma breve consulta aos autos do processo demonstra que a insinuação de que as testemunhas teriam manipulado os fatos é descomedida e intemperada.

Primeiro, porque apenas uma das três testemunhas do autor afirmou que não havia homossexuais no setor; a segunda testemunha sequer se manifesta sobre o assunto; a terceira testemunha, questionada se havia mais homossexuais no setor, respondeu não saber. Segundo, porque a orientação sexual é questão privada, frequentemente tratada apenas entre amigos da pessoa LGBTI, do que resulta que os depoimentos das testemunhas foram razoáveis e não mereceriam ser desconsiderados. Terceiro, porque a inexistência de denúncias de outros homossexuais sobre situações de homotransfobia não permite concluir que não haja casos de violência. Basta lembrar que o poder empregatício de dispensa sem justa causa impede trabalhadores, que dependem de seu emprego, de realizarem denúncias públicas sobre situações de homotransfobia.

Os fundamentos são mantidos pelo Tribunal Regional do Trabalho, em julgamento de Recurso Ordinário. No seu voto, o Desembargador Relator argumenta

que a existência de outro homossexual na empresa, um deles tendo sido promovido, “afasta a suposta homofobia relatada na inicial” (BRASIL, 2018a)⁵⁶⁷.

É desconcertante a razão de decidir do acórdão, pois o magistrado utiliza o fato da promoção de um trabalhador homossexual para afirmar que não há homofobia na empresa. Um trecho da citação já foi referido, mas merece nova transcrição: “(...) o fato de o autor reconhecer que haviam outros empregados homossexuais subordinados a E, entre eles, T, que mora com o autor e foi promovido no próprio setor chefiado por E afasta a suposta homofobia relatada na inicial” (BRASIL, 2018a).

Depois, o magistrado relata que a promoção do outro trabalhador homossexual foi posterior ao ajuizamento da ação e afirma que o fato não impõe o reconhecimento da discriminação: “Registro que o fato de T ter sido promovido após o ajuizamento desta ação não impõe reconhecer a discriminação, uma vez que não influencia no resultado do julgamento” (BRASIL, 2018a). O argumento tem um sentido surpreendente: a promoção de um homossexual, após uma denúncia de homotransfobia, afasta a possibilidade de ter havido homotransfobia.

Deter-se um pouco na razão de decidir tem funções didáticas. Suponha-se que toda empresa que sofra processo por homotransfobia promova de função, após ser processada, funcionários homossexuais. Seria esta prática reveladora do fim da homotransfobia ou apenas de um raciocínio heterossexista?

Apesar da frágil argumentação, o Desembargador do Tribunal Regional entendeu que o dano moral homotransfóbico havia ocorrido e reformou, neste ponto, a sentença de primeira instância. Entenda-se bem: não houve reforma da sentença, no que tange à dispensa discriminatória. O TRT reconheceu que houve dano homotransfóbico, mas avalia que a demissão não tem relação com o fato. É difícil caracterizar se este ponto da decisão a torna um pouco mais ponderada ou ainda mais incoerente.

Interposto Recurso de Revista contra o acórdão do Tribunal Regional, o TST decidiu pela manutenção das decisões do juízo regional, quanto à não configuração da despedida discriminatória e quanto à configuração do dano moral homotransfóbico. O TST entendeu que não poderia modificá-las sem adentrar em reexame de matéria

⁵⁶⁷ No acórdão do Tribunal Regional, lê-se [nomes adaptados]: “Contudo, o fato de o autor reconhecer que haviam outros empregados homossexuais subordinados a E, entre eles, T, que mora com o autor e foi promovido no próprio setor chefiado por E afasta a suposta homofobia relatada na inicial” (BRASIL, 2018a).

probatória, o que é vedado pela Súmula 126 do Tribunal⁵⁶⁸. Igual respeito à Súmula 126 levou o TST à manutenção de decisão em favor de reconhecimento de assédio moral homotransfóbico sofrido por trabalhador homossexual, no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 503-25.2011.5.02.0076, julgado em 2017⁵⁶⁹ (BRASIL, 2017c).

Para a crítica da homotransfobia nos Tribunais Trabalhistas, um último precedente do TST é emblemático. Em 2019, o TST julgou o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1312-29.2016.5.06.0011. Trata-se de processo que se origina em Reclamatória Trabalhista interposta por trabalhadora travesti, contra empresa de teleatendimento (BRASIL, 2019g).

O Ministro Relator no Tribunal Superior do Trabalho resume a petição inicial e a contestação nos seguintes termos: em sua reclamação, a trabalhadora relata que, ainda na entrevista de emprego, informou à empresa que era homossexual e travesti. Na oportunidade, já teria sido instruída de que não poderia utilizar vestimentas nem bolsas femininas no emprego. Além disso, durante a prestação de trabalho, sua supervisora a discriminava, humilhando-a em frente a colegas. Na contestação, por outro lado, a empresa de teleatendimento afirma que as regras de vestimenta eram as mesmas para todos. Exemplifica sua posição, com a regra de proibição de utilização de minissaia. Nega que a supervisora tenha realizado qualquer “mau tratamento” contra a trabalhadora (BRASIL, 2019g).

O Juiz do Trabalho, em sentença judicial, reconheceu a existência do assédio homotransfóbico e condenou a empresa ao pagamento de R\$5.000,00 para fins indenizatórios. Em suas razões de decidir, no entanto, afirmou que o dano se devia às agressões verbais sofridas pela trabalhadora, comprovadas em prova testemunhal. A restrição às vestimentas masculinas, segundo o magistrado, faria parte do poder empregatício, “não verificando excessos” (BRASIL, 2019g)⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ TST, Súmula 126: “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, ‘b’, da CLT) para reexame de fatos e provas”.

⁵⁶⁹ Na ementa do acórdão, lê-se: “Quanto à indenização por dano moral decorrente de tratamento discriminatório, consubstanciado por ofensas proferidas por superior hierárquico, relacionadas à orientação sexual do reclamante, na frente de demais colegas de trabalho, tem-se que o Tribunal Regional, mediante os fatos e provas constantes dos autos, concluiu pelo dever da parte ofensora de reparar os danos, consignando que o reclamado foi omissor em sua obrigação diretiva e disciplinar. Nesse contexto, para se entender em sentido oposto, de que não haveria ato ilícito ensejador de reparação por dano moral, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 126 do TST” (BRASIL, 2017c).

⁵⁷⁰ Na sentença, lê-se: “A sentença recorrida reputou comprovada a tese da atrial, qual seja, a prática de dano moral pela empresa consistente no mau tratamento dispensado pela superiora hierárquica do demandante em razão de sua homossexualidade. Concluiu o julgador que as regras atinentes aos trajes no ambiente de trabalho são de competência da empresa, não verificando excessos. Porém, com suporte na

Como já se desenvolveu, as empresas detêm poder empregatício sobre o corpo, obscuro objeto contratual, nas palavras de Supiot (2016). Desse modo, podem determinar regras sobre vestimenta. Acontece que, no caso, a regra sobre vestimenta possui impacto discriminatório sobre pessoas transexuais, que ainda não tenham realizado a retificação de seu nome civil, como era o caso. Embora a trabalhadora tenha dito, já na entrevista de emprego, que era travesti, os empregadores a obrigaram ao uso de roupa masculina durante toda a relação de emprego. O Juiz do Trabalho, em sentença, não viu problemas nisso.

Em julgamento de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista interposto perante o Tribunal Superior do Trabalho, a Ministra Relatora entendeu que as restrições às vestimentas eram ilícitas. Como razão de decidir, apresentou diferentes trechos de depoimentos. Uma testemunha informou que a transexual fora instruída, em frente a outros funcionários, que não poderia usar cabelo solto, nem saia, nem sapatilha, nem ir de brinco; deveria ir de calça, tênis, camisa polo ou social⁵⁷¹.

Outro forte depoimento narrou situação em que a transexual foi ridicularizada, por colocar uma “pena na orelha”, ocasião em que lhe foi dito, em público, que era alguém que “achava bonito ser feio” e que só seu “boy” estaria com ela apenas por interesses financeiros, em específico para utilizar a moto da trabalhadora transexual⁵⁷². Nos casos analisados, percebe-se que hostilidades homotransfóbicas se camuflam no poder empregatício e na liberdade contratual. Exercidos ordinariamente, a expansão de tais poderes se situa no interior de um desenho institucional discriminatório do Direito Laboral.

No plano jurídico operacional, não é de menor importância que a prova do dano seja um ônus da parte que o postula, ainda que as condições de produção probatória sejam reduzidas, por força do poder empregatício e da invisibilidade da discriminação e da violação da privacidade no ambiente laboral. Sem a inversão do ônus da prova e com a vigência da regra referente à sucumbência, o próprio processo judicial termina

prova testemunhal, que relatou as palavras grosseiras e difamatórias dispensadas pela supervisora, relativas à sexualidade do empregado, deferiu indenização no importe de R\$5.000,00” (BRASIL, 2019g).

⁵⁷¹ No acórdão, lê-se: “(...) que E. disse que o reclamante não poderia trabalhar de cabelo solto, saia ou sapatilha e que deveria ir de calça, tênis e camisa polo ou social e também não poderia usar brinco; que isso também foi falado na frente dos demais funcionários” (BRASIL, 2019g).

⁵⁷² No acórdão, lê-se: “(...) que já ouviu as coordenadoras e supervisoras falarem da condição do reclamante, por exemplo, certa vez o reclamante ganhou uma caneta com uma pena e colocou apenas na cabeça e a supervisora, diante de toda a operação, falou que o reclamante tirasse a pena e perguntou se o mesmo achava bonito ser feio; que certa vez o reclamante estava trabalhando e a supervisora falou também no meio da operação, diante de todos, que ‘o boy do reclamante só estava com o mesmo por conta da moto’, que o reclamante possuía (...)” (BRASIL, 2019g).

por se tornar uma experiência na qual as hostilidades homotransfóbicas são reiteradas contra o trabalhador e a trabalhadora.

b) Direito à privacidade e discriminação indireta

Esta seção revisita o problema do impacto discriminatório das ilegalidades constitucionais referentes ao direito à privacidade de trabalhadores e trabalhadoras, que será demonstrado com a exposição de dispositivos da nova lei, seguidos do relato e da análise de situações concretas, em casos emblemáticos do TST. O tema foi exposto anteriormente e parte da análise será retomada, limitando-se ao essencial para o desenvolvimento do argumento desta subseção.

No primeiro capítulo, analisou-se precedente de 2017, no qual o TST definiu um enunciado normativo sobre discriminação pré-contratual. O tema foi julgado em incidente de recurso repetitivo, ou seja, em reunião de vários casos para julgamento conjunto. Denominou-se o julgamento como Caso *Alpargatas S.A.*. (BRASIL, 2017a). Nessa situação, o TST *legalizou* uma situação contrária aos direitos de trabalhadores, pois enumerou dezenas de profissões nas quais é permitida a discriminação pré-contratual, com a exigência de antecedentes criminais antes da contratação, em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido.

Esta tese insiste que a regulação do TST realiza uma discriminação indireta contra a população negra e jovem, maior parte da população carcerária no país e, portanto, desigualmente atingida pelos efeitos da possibilidade de tratamento discriminatório legalizado no acesso ao emprego, considerado fase pré-contratual trabalhista⁵⁷³. Como se argumentou, tem-se um impacto discriminatório da medida sobre a população negra, pois 61,7% dos encarcerados, em 2016, eram considerados pessoas pretas ou pardas (INFOPEN, 2019; CALVI, 2018).

O TST estabelece esta norma jurídica sem, necessariamente, ter intenção de discriminar ou ter consciência do impacto discriminatório, o que não inviabiliza o reconhecimento da discriminação indireta (*disparate impact*). Vale a pena lembrar a quantidade de exceções “exemplificativas” da possibilidade de exigência de antecedentes criminais e, portanto, a amplitude de postos de trabalho que poderão discriminar negros e negras no acesso ao emprego, em razão da decisão:

⁵⁷³ O tema foi desenvolvido no primeiro capítulo, quando estruturado o conceito de *ilegalidades constitucionais do trabalho*, e é apenas retomado em suas principais características, neste momento de exposição dos resultados da pesquisa.

(...) a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas (BRASIL, 2017a).

Bem analisada a descrição dos tipos de atividades que permitem a exigência de antecedentes criminais, observa-se que se enquadram na descrição empregadores do setor de teleatendimento, da saúde, banqueiros, empregadores da agroindústria, empregadores que vendem drogas lícitas e empregadores que vendem armas. Não parece restar dúvida de que o impacto discriminatório sobre pobres e negros resulta em discriminação e violação do direito fundamental à privacidade.

Resguardado pelo art. 5º, X, da CRFB/1988, o direito à privacidade do empregado e da empregada, em tese, mantém-se vigente no contrato de emprego, não pode ser objeto de alienação e não pode sofrer restrição pelo simples fato de que o trabalhador se encontre nas dependências da empregadora, sob seu comando ou em entrevista de emprego. Apesar disso, a ausência de regras legais ou constitucionais sobre monitoramento de vestiário, banheiros, contas bancárias e antecedentes criminais levou a respostas dos tribunais trabalhistas sobre os temas, regulando-os para resultar na proteção do capital, e não do trabalho (COUTINHO; ARAÚJO, 2016).

A contrarreforma trabalhista avança nesta normatização, para complementar a tendência jurisprudencial, ao regulamentar o dano extrapatrimonial e apontar os bens jurídicos da personalidade que podem ser atingidos por esses danos decorrentes da relação de trabalho, ora previstos na CLT (art. 223-A e seguintes). A demanda por uma regulamentação do assédio moral foi atendida, em especial a partir do art. 223-E. Como caracterizam Heloani e Barreto (2018, p. 127): “Nesse sentido [de ter havido regulamentação], forçoso reconhecer sua positividade. Contudo, o espírito que predominou no preenchimento dessas lacunas está longe de parear princípios humanistas e coerentes com um conceito de Estado Previdência protetor”.

Os autores ressaltam, portanto, que a Consolidação das Leis do Trabalho não possuía dispositivos normativos referentes à situação de dano extrapatrimonial, até 2017. Nas situações de dano moral, estético, existencial, aplicavam-se diretamente a Constituição da República e o Código Civil, pelo Judiciário trabalhista, com o fim de afastar danos e indenizar a pessoa lesada.

Com a contrarreforma trabalhista, a intenção é de uma radical inversão, para que se apliquem, restritivamente, apenas os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho às situações de dano à privacidade, à imagem e à honra do trabalhador, para caracterizar o dano extrapatrimonial (CLT, art. 223-A)⁵⁷⁴. Eventual dano causado, ademais, não será indenizado conforme a “extensão do dano” (CC, art. 944)⁵⁷⁵, como se entenderia por uma leitura clássica da responsabilidade civil. Pelo diploma normativo reformador, tem-se que os danos serão reparados com base no salário da pessoa ofendida (CLT, art. 223-G, §1º)⁵⁷⁶.

Em uma situação simulada de assédio moral sexual coletivo, na qual um mesmo empregador cometesse assédio sexual contra todas as mulheres do local de trabalho, há evidente impacto discriminatório (*disparate impact*) da legislação. Entre as trabalhadoras do local, suponha-se que uma delas labora com serviços gerais de limpeza, outra é secretária executiva e uma terceira é advogada empregada da firma. Há alguma justificativa para, sem análise dos fatos concretos, a trabalhadora com menor salário receber uma indenização menor?⁵⁷⁷

A tradição civilista moderna, na formulação inicial do século XVIII, previu a reparação de danos com perspectiva de proteção do sujeito burguês e seu patrimônio. Eliminava, à época, as fórmulas jurídicas arcaicas ou feudais, pelas quais a reparação de danos poderia incluir escravidão ou prisão do ofensor e de sua família. Progressivamente, e em especial com as transformações do Estado no século XX, entendeu-se que os danos poderiam ofender não apenas o patrimônio, mas os cidadãos, diretamente (COUTO E SILVA, 1993, p. 94; GEDIEL; MELLO, 2017, p. 77).

Como se desenvolveu na subseção concernente à personalidade sitiada, o século XX registra o momento em que a pessoa passa a ter o domínio jurídico de seu próprio corpo e de sua consciência; portanto, proprietária de seus atributos (EDELMAN, 1999). Pensar o Estado de Direito sem a proteção aos direitos de personalidade reduziria este Estado de Direito a um mero Estado de legalidade (OLIVEIRA; MUNIZ, 1980). É

⁵⁷⁴ CLT, art. 223-A: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho **apenas os dispositivos deste Título**” (grifos nossos).

⁵⁷⁵ CC, art. 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

⁵⁷⁶ CLT, art. 223-G: “§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido”.

⁵⁷⁷ O tema da regulação do dano extrapatrimonial com base no salário da pessoa ofendida foi trabalhado por Gediel e Mello (2017). Na oportunidade, vinculou-se

preciso conjugar esta reflexão àquela outra, antes realizada, segunda a qual a disparidade salarial entre homens e mulheres, como a existente entre negros e brancos, é resultante da inexistência do direito a igual salário, ou seja, de uma permissividade constitucional.

Nesse sentido, o dispositivo legal referente ao tarifamento do dano extrapatrimonial tem impacto diferenciado sobre setores discriminados da classe trabalhadora e se revela situação caracterizadora de discriminação indireta (*disparate impact*)⁵⁷⁸. Empregadores, cientes desse desenho institucional discriminatório do Direito Laboral e com base em estudos sobre gestão do ambiente de trabalho, não se constrangerão em exigir metas maiores e assediar empregados e empregadas.

A ilegalidade constitucional do trabalho se combina, portanto, à expansão da extração de mais-valor, por técnicas de gestão discriminatórias. Faz-se do sofrimento uma fonte de maior sucção de trabalho vivo. Como explica Dejours (2015), “A erosão da vida mental individual dos trabalhadores é útil para a implantação de um comportamento condicionado favorável à produção” (DEJOURS, 2015, p. 125). Na situação específica de telefonistas, que certamente pode ser expandido para teleatendentes, “(...) o sofrimento proveniente da insatisfação pode ser utilizado para aumentar a produtividade” (DEJOURS, 2015, p. 126). No caso das trabalhadoras, como o autor esclarece depois, o que é explorado “não é o sofrimento, em si mesmo, mas principalmente os mecanismos de defesa utilizados contra esse sofrimento” (DEJOURS, 2015, p. 135). Sem dúvida, podem-se relacionar tais mecanismos de defesa aos saberes tácitos reificados, como descrito por Simone Wolff (2009), em direção à personalidade sitiada.

O dispositivo normativo que altera a reparação do dano extrapatrimonial, mais conhecido como assédio moral, também se articula à limitação da atuação jurisdicional dos tribunais trabalhistas prevista no art. 8º, §2º, parágrafo incluído pela nova lei⁵⁷⁹, e do acesso à justiça, decorrente da instituição de sucumbência no processo do trabalho (CLT, art. 791-A)⁵⁸⁰. Desse modo, imagine-se situação em que trabalhadora ajuíze reclamatória trabalhista e reivindique uma indenização por assédio no montante de

⁵⁷⁸ Uma análise do dispositivo normativo da contrarreforma sob a perspectiva da expropriação de direitos sociais foi desenvolvida por Gediel e Mello (2017).

⁵⁷⁹ CLT, art. 8º, §2º: “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.

⁵⁸⁰ CLT, art. 791-A: “Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”.

R\$100.000,00 (cem mil reais), por exemplo. Se não conseguir provar o fato constitutivo de seu direito, será condenada a pagar para a empresa de 5% a 15% do valor do pedido realizado, ou seja, até R\$15.000,00 (quinze mil reais).

O problema é agravado pela ausência de previsão de inversão do ônus probatório⁵⁸¹ em questões atinentes ao assédio moral, aplicando-se a ele a regra geral (CLT, art. 818),. Acontece que o assédio moral geralmente ocorre “na surdina”, sorrateiramente, sem deixar rastros ou pistas, sem testemunhas” (HELOANI; BARRETO, 2018, p. 169). Como o dano moral é de difícil comprovação em âmbito judicial, seu pedido em juízo depende de prova de sua existência, a ser realizada pela vítima.

Nos processos judiciais analisados na subseção anterior, observou-se que trabalhadores e trabalhadoras são submetidas a uma série de distorções dos fatos por empregadores e análise ambígua e contraditória das provas por parte de magistrados. A instrução processual também é, muitas vezes, a exposição a uma segunda experiência de violência, como nos casos em que o trabalhador se esforça para constituir provas documentais e mobilizar testemunhas, que depõem a seu favor, mas que são tidas como sem credibilidade e cujo testemunho não é considerado na decisão judicial.

Mesmo quando há condenação ao pagamento de indenização por reconhecimento da situação de assédio moral, o resultado também não parece satisfatório. O montante a que o trabalhador e a trabalhadora têm direito, após longos processos e quando reconhecido o dano, varia entre R\$3.000 (três mil reais) e R\$10.000,00 (dez mil reais), em graves situações de homotransfobia. Em resumo, a indenização é improvável, de baixo valor financeiro, com alto risco patrimonial por conta do ônus probatório e com consequências emocionais imprevisíveis, que devem ser analisadas casuisticamente.

Outro tema referente à privacidade que merece ser revisitado é o do corpo como objeto contratual (SUPIOT, 2016). Observa-se que tanto trabalhadores quanto empresas passam a ter seus atributos jurídicos de personalidade listados em lei, a partir da contrarreforma trabalhista. Na sequência, será destinado um olhar crítico ao tema da

⁵⁸¹ A inversão do ônus da prova é uma construção jurisprudencial, que facilita ao postulante a prova de fatos sobre os quais o ofensor tem o domínio documental, institucional ou ainda de relações de poder com as testemunhas, como no caso trabalhista. Em síntese, invertido o ônus da prova, significaria que o ofensor tem que provar que não realizou a ofensa, o que seria o contrário do que acontece no Brasil, em que o ofendido tem de provar a ofensa.

vestimenta no contrato de trabalho, também objeto de alteração pela contrarreforma trabalhista.

Como se lê no documento jurídico, são bens jurídicos da pessoa física, sujeito trabalhador, conforme o art. 223-C, incluído pela Lei 13.467/2017: “A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”. Também a pessoa jurídica tem seus bens jurídicos listados, no art. 223-D: “A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.”

Observe-se que a intenção do legislador foi conferir uma noção de rol taxativo de bens àqueles listados para o trabalhador e de rol exemplificativo de bens àqueles listados para a empresa. No art. 223-C, lê-se “são os bens jurídicos tutelados (...)”; no art. 223-D, lê-se “são bens jurídicos tutelados (...)”.

A liberdade contratual é um dos centros da contrarreforma trabalhista e, portanto, a listagem de bens jurídicos transacionáveis é parte da lógica do texto normativo. O tipo híbrido contratual do contrato desportivo demonstrou essa característica precarizante, decorrente da liberdade contratual que concretiza, na verdade, liberdades do capital sobre bens jurídicos do sujeito trabalhador.

Como se viu, a modalidade híbrida de contrato de trabalho permite que a imagem, considerada bem jurídico da personalidade da e do atleta profissional, seja objeto de contrato civil, em obrigação de pagar limitada a 40% do valor total da remuneração mensal dos atletas. É considerado lícito, portanto, que um atleta receba, por exemplo, R\$ 1200,00 (mil e duzentos reais) como salário, estipulado no contrato desportivo de trabalho, e até R\$480,00 (quatrocentos e oitenta reais), por cessão do seu direito à imagem.

A situação ilustra como a mercantilização dos bens jurídicos da personalidade é potencializada pela sua consideração em separado da pessoa, como algo dela distinguível, possível objeto de abstração e negociação ou, em uma palavra, transacionável. Também a imagem da pessoa é um bem jurídico que dela pode ser desvinculado por meio do contrato e, inclusive, pode agir contra ela, como as difíceis questões do adoecimento no trabalho demonstram. As condições de trabalho crescentemente dominam dimensões do corpo da trabalhadora e do trabalhador. *Reificam-no.*

As questões referentes à vestimenta no trabalho também foram renovadas pela contrarreforma trabalhista, que incluiu dispositivo normativo na CLT referente ao tema. Os empregadores passam a poder definir a vestimenta do trabalhador e da trabalhadora, inclusive com logotipos, e a responsabilidade pela lavagem do uniforme será, em regra, do trabalhador (art. 456-A⁵⁸²).

Dois problemas resultam do dispositivo normativo.

Um primeiro se refere à ampliação do poder empregatício das empresas, por meio da autorização para que façam constar, nos uniformes, logomarcas de empresas parceiras. O que prevalecia anteriormente era uma compreensão de que o empregador poderia decidir sobre a roupa, mas apenas porque a roupa influencia na atividade e na imagem da empresa. O que se alarga, no novo dispositivo normativo, é a disponibilidade do direito de imagem, do trabalhador, ao empregador. O enunciado normativo é claro: os empregadores podem utilizar o corpo dos empregados e das empregadas como uma espécie de *banner* vivo, um espaço para propagandas e patrocínios de empresas.

Um segundo problema se refere à limpeza do uniforme. A regulamentação realizada pela contrarreforma trabalhista é contrária ao entendimento antes majoritário no Tribunal Superior do Trabalho, pelo qual se entendia que a lavagem e manutenção de uniforme de responsabilidade do empregador, com base no princípio da alteridade, segundo o qual os riscos da atividade econômica devem ser suportados pelo pólo mais forte da relação empregatícia. Buscou-se alterar, portanto, o entendimento jurisprudencial protetivo ao trabalhador⁵⁸³ (BRASIL, 2015b).

É extremamente aberta a cláusula normativa segundo a qual o empregador só deverá limpar o uniforme “quando forem necessários procedimentos ou produtos

⁵⁸² CLT, art. 456-A: “Cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada.

Parágrafo único. A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum”.

⁵⁸³ O entendimento do TST é verificado, entre outros, neste acórdão de 2015: “INDENIZAÇÃO. REEMBOLSO PELAS DESPESAS EFETUADAS PELO EMPREGADO COM A LAVAGEM DE UNIFORMES. Discute-se, nos autos, se é devido o reembolso ao empregado das despesas efetuadas com a lavagem de uniforme, quando o seu uso for obrigatório. Esta Corte superior tem firmado o posicionamento no sentido de que os custos de conservação e limpeza do uniforme devem ser suportados pelo empregador, por ser dele o risco da atividade econômica, conforme dispõe o art. 2º da CLT. Precedentes. Nesse contexto, o Regional, ao condenar a empregadora quanto ao pagamento de indenização ao reclamante correspondente ao reembolso das despesas com a lavagem de uniformes, decidiu em consonância com a jurisprudência prevalecente nesta Corte Superior. Recurso de revista não conhecido. (RR - 658-65.2013.5.04.0411, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 10/06/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015)” (BRASIL, 2015b).

diferentes” dos comumente utilizados. Demonstra-se tal problema por meio de relato e análise de caso recente, julgado após a contrarreforma trabalhista pelo Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista 20352-86.2015.5.04.0334 (BRASIL, 2019h).

Trata-se de situação de trabalhador cuja função era de ajudante de produção, com remuneração de R\$4,43 reais a hora, registrado como último salário mensal contratual, em fevereiro de 2015, o valor de R\$1.331,20. Um trabalhador da base da pirâmide social do trabalho, no país. Entre outros pedidos, sustentou que trabalhava operando máquinas, com uniforme de uso obrigatório, motivo pelo qual solicitava ressarcimento de despesas de lavagem do uniforme. O Juiz do Trabalho indeferiu o pedido, com base em negociação coletiva realizada pelo sindicato da categoria, que previa despesas do uniforme pagas pelo trabalhador e pela trabalhadora.

Interposto Recurso Ordinário pelo trabalhador, para requerer a reforma da decisão judicial, o Desembargador do Trabalho do TRT-4 julgou favoravelmente ao obreiro:

Entendo, como regra, que nos casos em que a lavagem de uniforme comum não demanda higienização diferenciada, a exigir a utilização de produtos especiais, o trabalhador não faz jus ao pagamento de indenização, pois não lhe foi imputado um ônus significativo. Neste sentido o julgamento do RO 0000141-18.2014.5.04.0252 RO, em 26/02/2015.

Entretanto, no caso concreto, presumo, em decorrência das atividades contratuais exercidas pelo autor, que implicavam contato com óleos minerais, graxa, produtos químicos líquidos, que suas vestimentas de uso obrigatório ficavam bastante sujas, pois ela trabalhava em contato com produtos químicos como óleos e graxas, o que autoriza concluir que fosse necessária higienização de forma apartada das demais roupas, envolvendo maiores gastos.

Quando a empresa exige a utilização de uniforme para serviços em que seu uso é pressuposto para o exercício das funções do obreiro, incontroverso no caso dos autos, compreende-se, também, a obrigação empresarial de sua lavagem, não se podendo atribuir ao trabalhador tal ônus. (...)

A simples transferência desse ônus ao empregado lhe acarreta inegável despesa com produtos de limpeza, água, energia elétrica, e tempo que necessitaria para a lavagem de suas vestimentas usadas no dia-a-dia, por mínimas que sejam, como parecer ser o caso, em que o uniforme era composto apenas por camiseta e calças. Ademais, ainda que não se verifique a necessidade de higienização especial ou diferenciada, que envolvesse, assim, gastos de maior monta, tal circunstância apenas altera o quantum devido, mas não afasta o direito à indenização pelos prejuízos materiais suportados pelo trabalhador. (BRASIL, 2019h).

O Tribunal regional afastou, portanto, a incidência da norma prevista na convenção coletiva ao caso concreto, justamente com base no fundamento que viria a

depois ser normatizado pela contrarreforma trabalhista, qual seja, o de que a vestimenta exigia condições especiais de lavagem, ainda que não utilizasse os termos “procedimentos ou produtos especiais de lavagem”. A empresa, então, interpôs Recurso de Revista, basicamente sob a alegação de que caberia à reclamante comprovar que teve gastos especiais com a limpeza do uniforme, ônus do qual não teria se desincumbido.

No julgamento do Recurso de Revista pelo Tribunal Superior do Trabalho, o TST decidiu pela reforma do acórdão do TRT-4, com base em precedente de 2015, julgado pela Seção de Dissídios Individuais do TST (SBDI-1), nos Embargos em Recurso de Revista 12-47.2012.5.04.0522 (BRASIL, 2015c)⁵⁸⁴. Entendeu o TST que a hipótese em julgamento correspondia a uma situação em que o trabalhador utilizava roupa comum, sem características distintivas que exigissem cuidados especiais (BRASIL, 2019h)⁵⁸⁵.

Observe-se, no entanto, que o autor era operador de máquinas, exposto a um ambiente no qual seu adicional de insalubridade foi classificado em grau máximo, após perícia no local, realizada por profissional designado pelo juízo. Ao ser analisado o laudo pericial, pode-se observar que a vestimenta oferecida aos trabalhadores e trabalhadoras não era adequada⁵⁸⁶ e que o material com o qual o trabalhador mantinha contato era considerado cancerígeno⁵⁸⁷. Ainda assim, o TST entendeu que não havia motivo para procedimentos de limpeza diferenciados, como se relatou.

⁵⁸⁴ No acórdão mencionado, decide-se que: “(...) à semelhança do que se dá em relação à conservação e à manutenção de equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho (artigo 458, § 2º, I, da CLT), as despesas inerentes à lavagem e higienização dos uniformes de uso obrigatório constituem ônus do empregador, em caso em que, por imposição da natureza do serviço, a utilização compulsória e o necessário asseio atendem primariamente aos interesses da empresa” (BRASIL, 2015c).

⁵⁸⁵ Nas razões de decidir do voto do relator do caso no TST, lê-se: “Quando o uniforme é mero substituto do vestuário de ‘uso comum ou cotidiano’ e não possui características distintivas relacionadas com a natureza do serviço, não é devido o ressarcimento das despesas com lavagem, pois, nessa situação, não há cogitar da ocorrência de gastos extraordinários que ultrapassem os limites da despesa corriqueira com o asseio pessoal, nem em transferência dos riscos do empreendimento ao empregado” (BRASIL, 2019h).

⁵⁸⁶ No laudo pericial, lê-se: “Em tais processos, o reclamante possuía mãos e braços, além de outras partes do corpo desprotegidas, mantendo contato cutâneo direto com os produtos químicos citados. Somado ao fato, o recebimento de luvas para proteção das mãos ocorreu através de luvas de couro (conforme verificado em paradigmas), que são permeáveis e não aprovadas pelo MTE para o manuseio de agentes químicos, e não protegem o trabalhador contra o contato com agentes líquidos. Registre-se, por fim, que para correta proteção seria necessário o uso de macacão ou avental de mangas longas, impermeáveis, para elidir o contato com óleos presentes em superfícies de maquinários de grande porte, pois o contato com óleos não ocorre apenas nas mãos do trabalhador (parte protegida por luvas)” (BRASIL, 2019h).

⁵⁸⁷ No laudo pericial, lê-se: “(...) o autor manteve contato habitual e sistemático com óleos e graxas lubrificantes, como modelos HD68 Texaco, e Agemold AD930, verificados no local, que possuem composição à base de mistura de óleos minerais pesados, e aditivos. Ou seja, os produtos químicos manuseados nas atividades descritas, por possuírem em suas composições químicas óleos minerais, quando em contato cutâneo direto, caracterizam condições insalubres em grau máximo, de acordo com o disposto no Anexo número 13 da Norma Regulamentadora número 15, portaria 3.214/78 do Ministério

Fica demonstrado, desse modo, um movimento crescente de legalização de cláusulas contratuais referentes à imposição de utilização e limpeza de vestimentas que, anteriormente, seriam consideradas normas ilegais, pela obrigação de trabalho não remunerado, qual seja, o de limpeza de uniformes sem ressarcimento pelo empregador. O capital resta liberado, assim, para decidir sobre a roupa e a imagem do empregado, inclusive com exposição a materiais cancerígenos, e exigir que trabalhadores e trabalhadoras “se virem” para retirar tais materiais das roupas.

A tensão entre corpo como substrato indisponível e corpo como bem jurídico sujeito a uma apropriação construiu figuras jurídicas, no âmbito do Direito Civil, como “consentimento informado”, uma expressão ambígua, que, como se destacou, busca compatibilizar crença na disposição da vontade e desconfiança com relação à capacidade de decisão (CORRÊA; GEDIEL, 2018). Esse problema se renova, nos contratos juslaborais contemporâneos, por problemas oriundos de temas como vestimenta, assédio moral e ônus da prova, como se observou nos precedentes judiciais analisados ao longo da subseção.

Corpos marcados pela discriminação homotransfóbica são alvos preferenciais de assédio moral, no ambiente de trabalho, em especial camuflado no poder empregatício, como destacaram Borrillo e Formond (2007). A afirmação da proteção da personalidade, em ambiente de subordinação jurídica laboral (COUTINHO; ARAÚJO, 2016; BALLESTRERO, 2010), exige uma maior atenção a temas como vestimenta no trabalho e ônus da prova no assédio moral discriminatório.

As hostilidades contratuais contra trabalhadores em regime de emprego, como o exame dos precedentes do TST revela, são invisibilizadas no contrato de trabalho e de difícil prova judicial. Com a instituição da sucumbência no âmbito da Justiça do Trabalho, torna-se necessário pensar em medidas que reequilibrem minimamente a prestação jurisdicional, como mecanismos que possibilitem a distribuição dinâmica do ônus da prova, sob pena de assumir a *legalização* de situações de assédio moral e que envolvam *hostilidade contratual* em relação ao direito à privacidade de maneira geral,

do Trabalho (...). São nocivos à saúde, pois provocam irritações e inflamações oculares, respiratórias e cutâneas; produzem cefaléias, tonturas e depressão nervosa quando absorvidos pelo organismo, sendo elementos potencialmente cancerígenos. São produtos passíveis de absorção por via respiratória e por via cutânea, ocasionando danos ao sistema nervoso central e periférico, ao aparelho digestivo e principalmente aos órgãos formadores de sangue” (BRASIL, 2019h).

3.2.2 O trabalho no laboratório das espoliações

Ao longo da tese, foi possível observar como a imposição de limites às liberdades empregatícias são a real liberdade do trabalhador e da trabalhadora. Ao passo que avançam as ilegalidades do trabalho, expandem-se hostilidades contratuais nas quais a violência, a ameaça e a discriminação laboral são parte constitutiva da norma pública infundida no contrato. A atual seção analisa hostilidades contratuais vivenciadas e respondidas por trabalhadoras, junto ao exame do material jurídico respectivo à temática envolvida na violência contratualizada.

A agressividade juridicamente lícita que se materializa no poder empregatício e nos *contratos por toda parte* toma das trabalhadoras a liberdade para decidir sobre sua forma de agir, sua vestimenta, seu tom da voz, a proteção do seu corpo contra doenças ou contra discriminações sexistas, racistas e homotransfóbicas de maneira geral. A resposta do capital à crise estrutural e à taxa decrescente do valor de uso comporta uma preocupação dupla, como bem exposto por Mészáros, em trecho já citado: “(...) por um lado, indica a incontrolável multiplicação da ‘força de trabalho supérflua’ da sociedade; por outro, mostra a acumulação da instável carga explosiva que invariavelmente acompanha tais fatos” (MÉSZÁROS, 2011a, p. 226).

Guiada pela compreensão destas duas tendências da crise estrutural, esta subseção recupera e amplia a análise da crise do contrato de trabalho, com a exposição de traços do crescente tensionamento que marca o exercício das hostilidades contratuais. A autonomia privada é expandida para o capital e a precarização do trabalho se aproxima do corpo e da identidade de trabalhadores e trabalhadoras. A imposição da renúncia de direitos e a resistência à situação vivida são narradas e descritas a partir de estudos concretos, em dois tempos.

No primeiro, (a) analisam-se entrevistas em profundidade, com trabalhadoras do teleatendimento, realizadas mediante questionários semi-estruturados, degredadas e publicadas com a sua autorização. Delineados problemas expostos pelas hostilidades contratuais, o exame de julgado do STF sobre a exposição de mulheres grávidas a ambientes insalubres demonstra como a intervenção do Estado na classificação da licitude do objeto contratual tem se aproximado do corpo de trabalhadoras, desafiando cânones jurídicos do trabalho livre.

No segundo, (b) observam-se as liberdades contratuais do emprego expandidas e seu potencial explosivo. Uma série de limitações impostas pelo TST à contratação coletiva são ponderadas, para sistematização e registro de situações em que a hostilidade

contratual operada por sindicatos possui limites legais. Se a crença no Judiciário é temerosa para quem vive do trabalho, a observação de rebeldias criativas de trabalhadoras precárias fornece um campo consistente para pensar o futuro dos direitos sociais. Nesse sentido, a subseção é encerrada com a retomada e a expansão da reflexão sobre a luta das trabalhadoras terceirizadas do município de Porto Alegre/RS.

a) A voz das teleoperadoras e a exposição do corpo no STF

Como na primeira análise concreta do contrato de trabalho, realizada ao começo do capítulo, novamente as “donas das vozes” são as próprias trabalhadoras, para utilizar uma expressão de Renata Dutra (2017) em sua tese de doutorado. Apresenta-se material empírico colhido em perguntas para teleoperadoras sobre seu contrato de trabalho e suas obrigações contratuais. Na sequência, em segunda aproximação concreta ao tema do corpo como objeto contratual, examina-se julgado do STF sobre a exposição de grávidas a trabalhos insalubres, na ADI 5938.

As entrevistas com trabalhadoras do setor de teleatendimento foram realizadas com cinco trabalhadoras, na cidade de Curitiba/PR, com o objetivo de conhecer e problematizar episódios concretos de hostilidades contratuais que tivessem vivenciado, nos seus processos de trabalho. Todas as entrevistas foram realizadas pelo autor da tese, discutidas previamente e após a sua realização com o orientador e baseadas em quatro eixos temáticos, quais sejam, alterações contratuais, privacidade, obrigações e violências contratuais. Com peso variado em cada entrevista, os temas abordados foram consentimento, transparência, alterações contratuais, vestimenta obrigatória ou indicada, decisões sobre cabelo, unhas, religião, redes sociais, salário, jornada, assédio, resistências e solidariedade no ambiente de trabalho.

Com as barreiras impostas ao ajuizamento de ações trabalhistas, abordadas na subseção anterior, a pesquisa empírica em Direito do Trabalho deverá utilizar-se crescentemente de técnicas de pesquisa como entrevistas, para não excluir de sua reflexão conflitos trabalhistas que não chegam à esfera judicial. Aqui se ressaltam os objetivos gerais de explicitação do inexistente ou escondido do real concreto, neste caso as hostilidades camufladas no contrato, do ponto de vista da observação do problema da crise do contrato único, que se expressa na diversificação e hibridização do objeto contratual.

Uma das teleoperadoras, Patrícia⁵⁸⁸, relatou que, de maneira geral, seu contrato de trabalho é cumprido na Empresa 1, exceto pela jornada de trabalho extraordinária, visto que sempre é obrigada a chegar cerca de vinte minutos mais cedo, para ligar computadores e acessar os sistemas. Esse período de *login* não é computado na jornada e é furtado cotidianamente da trabalhadora⁵⁸⁹.

Quando perguntada sobre restrições à vestimenta na Empresa 1, relatou que as únicas restrições concernem à vedação de utilização de roupas curtas, destinada às mulheres, exclusivamente. Sua memória resgatou uma experiência de trabalho anterior, que também relatou:

Teve um outro lugar que eu trabalhei por pouco tempo, a empresa 5, não cheguei a assinar carteira lá. Mas lá eu tinha que estar sempre maquiada, cabelo arrumado. Eu só podia usar bota ou sapatilha, não podia usar tênis. Eu tinha que usar o vestido de uniforme, mesmo no frio não podia usar calça, só meia calça. E lá eu fazia manutenção de limpeza, recepção e caixa (Patrícia, em entrevista, dezembro de 2019).

Entrevistadas conjuntamente, Marilene⁵⁹⁰ e Jucimara⁵⁹¹ trabalharam juntas em duas empresas de teleatendimento. A primeira, doravante Empresa 2, possui menor porte e prestava serviços terceirizados para diferentes empresas, inclusive estrangeiras. A segunda e atual, a mesma Empresa 1 de Patrícia, é uma das maiores empresas de teleatendimento do país. Ambas se localizam em Curitiba.

Na Empresa 1, no mesmo sentido que Patrícia, as teleoperadoras Marilene e Jucimara não veem fortes restrições quanto à sua vestimenta. Quando descrevem a Empresa 2, no entanto, narram a obrigação do uso de um colete obrigatório, com distinção por setor da empresa, em uma espécie de sistema de cores:

A Empresa 1, na verdade, te deixa bem à vontade. Você literalmente pode ser quem você quiser. Eu até cheguei a conversar com uma supervisora, eu acho muito interessante que todo mundo vem do jeito que quer. (...) Na outra empresa, você tinha que utilizar um colete; só quem não utilizava eram os administrativos. Mas supervisor, monitoria e os atendentes todos tinham que usar um colete e eles tinham cor específica pro seu setor (Jucimara, em entrevista, dezembro de 2019).

⁵⁸⁸ Nome fictício, atribuído livremente.

⁵⁸⁹ “Sim, eu sempre chego uns vinte minutos antes, pra abrir todos os programas, pegar uma água e ir no banheiro antes de entrar. Se é a primeira vez que você loga em uma máquina, ela demora mais. Mas depois que você já logou, ela entra rápido e já tem os logins salvos” (Patrícia, em entrevista).

⁵⁹⁰ Nome fictício, atribuído livremente.

⁵⁹¹ Nome fictício, atribuído livremente.

As proibições ou orientações da empresa são ligadas ao sofrimento e à produtividade, como explicou Dejours: “(...) Proibição de responder agressivamente, proibição de desligar, proibição de irritar o outro fazendo-o esperar indefinidamente... A única solução autorizada é reduzir o tempo de comunicação e empurrar o interlocutor para desligar mais depressa” (DEJOURS, 2015, p. 134). Como argumenta o autor, a única saída para responder à agressividade, portanto, é trabalhar mais depressa.

A Empresa 2 é caracterizada como local fortemente hierarquizado, no qual cartão da empresa e cor do colete identificam “o você é” na empresa: “Não somente o cartão que identificava que você era uma funcionária da empresa, mas também você tinha que usar um colete pra mostrar o que você era na empresa” (Marilene, em entrevista). Eram, além de segmentadores, coletes velhos e rasgados, sobre os quais Marilene narra, com desgosto: “(...) os coletes não eram novos, eles davam qualquer colete que tava lá pra você, tanto que o meu colete já veio todo descosturado” (Marilene, em entrevista). Jucimara faz um pequeno comentário: “O meu veio rasgado...” (Jucimara, em entrevista). Marilene responde, novamente com desgosto: “Nossa, tava horrível, gente...” (Marilene, em entrevista).

Apesar disso, a Empresa 2 era um local em que as dinâmicas de gestão permitiam maior intervalo entre momentos de dispêndio de trabalho e de descanso⁵⁹², ao contrário da Empresa 1, na qual a liberdade de vestimenta é contrastada com um forte ritmo do trabalho: “Ali na Empresa 1, não, você não tem tempo pra respirar, é o tempo todo, então você tá acostumado à velocidade. Sabe que não vai ter tempo pra respirar. Você termina uma ligação já começou outra. Aí você absorve aquilo de fazer tudo rápido” (Marilene, em entrevista).

As trabalhadoras observam as repercussões do ritmo de trabalho em outras esferas da vida, extralaborais. É pertinente indicar, nesse sentido, que a ausência de descanso no trabalho obstaculiza o gozo de outros direitos, como o direito ao lazer, à cultura, à família e à privacidade. Para analisar casos de ausência de direito ao controle de jornada de trabalho (CLT, art. 62), Souto Maior (2003) cunhou a expressão direito à desconexão do trabalho. As teleoperadoras entrevistadas, em que pese formalmente possuam jornada de trabalho regulamentada e respeitada pela Empresa 1, descrevem não possuir direito à desconexão do trabalho:

⁵⁹² “[Na Empresa 2,] A gente logava no sistema e demorava pra cair ligação. A gente conversava com colegas que tavam lá com a gente. Se caía uma ligação, beleza. Caía primeira pra mim. Segunda ia cair pra outra colega” (Marilene, em entrevista).

(...) Tanto que tô fazendo em casa as coisas rápido, penso muito na pausa. Eu pego minha pausa de vinte minutos. Primeiro minuto que ela bate, eu saio correndo pra ir comer. Como correndo. Nem sinto a comida, faz tempo que não tô comendo normal. Porque você tá acostumado naquela velocidade e você sabe que se você estourar a pausa vai ser ruim pra você. Aí você faz tudo correndo, volta correndo, faltam ainda três minutos, mas você desbloqueou o computador e acabou. É uma velocidade que acaba pressionando demais (Jucimara, em entrevista).

O problema é conhecido da literatura da Sociologia do Trabalho sobre trabalho no setor de teleatendimento. Realizada sobre uma das maiores empresas do setor de teleatendimento de Curitiba/PR, com o título “4.800 ecoins por uma folga: Paradoxos da gestão digital do trabalho”, o trabalho de Gabriela Barchehen Luiz é uma dessas pesquisas. No mesmo sentido narrado por Marilene e Jucimara, a autora indica a relação entre alto volume de atendimentos, curto tempo para descanso, cobrança de metas, insegurança e outros problemas⁵⁹³. É certo que trabalhadoras e trabalhadores também “aproveitam qualquer brecha” para ganhar um tempo e descansar, como descreve a autora⁵⁹⁴.

Entre outros indicadores e reflexões como teleoperadora, Luiz (2019) fornece interessante panorama, a partir de 151 questionários aplicados para colegas de trabalho, que ajuda a compreender melhor algumas características do setor:

a) quanto à orientação sexual, 78,8% dos trabalhadores da empresa se declaram heterossexuais; 7,9%, bissexuais; 11,3%, homossexuais (LUIZ, 2019, p. 44);

⁵⁹³ “Passado o período de adaptação, onde meu Tempo Médio de Atendimento (TMA) era de 1000 segundos para mais, quando já estava adequada a meta do TMA 460 segundos eu atendia em torno de 40 a 50 ligações por dia. Por ter um fluxo tão intenso, este indicador (TMA) é central no setor e compõe permanentemente parte do PIV - adicional por comprimento de meta -, o conjunto de indicadores que determinaram atingimento pode variar de mês a mês. O ritmo de trabalho acelerado é combinado ao pouco tempo de descanso, conformando uma rotina de trabalho estressante. As pausas são organizadas em uma primeira pausa de 10 minutos (pausa descanso), uma de 20 minutos (pausa lanche) e por fim a última pausa descanso (10min.). Recordo de como no princípio era difícil comer naquele curto espaço de tempo, e como de repente me via comendo muito mais rápido, percebi que a relação com tempo havia mudado lá pelo terceiro mês, e já conseguia ter ainda minutos de sobra na pausa após comer. Estava enfim adaptada àquela organização temporal do trabalho. Mas, nem por isso deixava de sentir os reflexos da rotina que alinha alto volume de atendimentos, curto tempo para descanso, cobrança de metas, insegurança, ter de passar o dia na mesma posição/postura corporal, entre outros. Debilitando a saúde psicológica via estresse e irritabilidade crescente, também passava a sentir sintomas físicos, como dores nas costas” (LUIZ, 2019, p. 26).

⁵⁹⁴ “Qualquer brecha possível é aproveitada para ganhar algum tempo, por menor que seja, de trégua do atendimento. Por exemplo, às vezes o sistema apresenta uma falha simples, não generalizada, que retorna a normalidade ao se fechar a ‘janela’ e reabri-la, mas para ganhar tempo o operador tira um print da tela com erro e reinicia o computador - a máquina, como é chamado - por saber que ganhará um tempo para ‘voar’. Quando colegas se encontram pelos corredores e um questiona ao outro ‘Ah você tá voando né?’, essa expressão costuma ser utilizada para indicar que você está fora da sua pausa dimensionada, mas está dando ‘uma volta’” (LUIZ, 2019, p. 28).

b) quanto à trajetória profissional, 59% declararam já ter trabalhado em outros call center e 41% afirmaram ser sua primeira experiência neste ramo econômico (LUIZ, 2019, p. 44);

c) quanto à existência de um segundo posto de trabalho como fonte de renda, 26% dos trabalhadores realizam outras atividades, como venda de marmitas ou outro tipo de comida (18%), venda de arte, acessórios e artesanatos em geral, como tricô e crochê (24%), procedimentos de estética (7%), taxas em bares (13%), venda de catálogo (4%), entregador de aplicativos (9%), motorista de aplicativos (4%) (LUIZ, 2019, p. 45).

d) quanto à expectativa de crescimento profissional e ascenso na empresa, 74% dos teleoperadores possuem essa expectativa, mas a maior dos que possuem essa expectativa possuem menos de um ano de trabalho na empresa (LUIZ, 2019, p. 46).

Quarta trabalhadora de teleatendimento entrevistada, Rosalice narra que a vestimenta só é imposta às mulheres⁵⁹⁵; que entende já ter sofrido discriminação, por conta de sua religião ser afro-brasileira⁵⁹⁶; que não tem nenhum supervisor em redes sociais, por precaução⁵⁹⁷; que são “doados” para a empresa vinte minutos, ao começo de sua jornada, como também havia sido narrado por Patrícia⁵⁹⁸; e que é comum o desvio de função de teleoperadoras para a tarefa de “apoio de supervisão”⁵⁹⁹, situação da Empresa 1 também exposta por Marilene e Jucimara.

A trabalhadora descreve que, recentemente, trabalhadoras do setor de atendimento têm recebido tarefas do setor de vendas. Segundo ela, as formas de cálculo da remuneração são diferentes entre os setores, do que resulta que as trabalhadoras de

⁵⁹⁵ “(...) na questão de vestimenta, orientam mulheres a não irem com regata de alça muito fina, nem roupa decotada ou bermuda muito curta” (Rosalice, em entrevista).

⁵⁹⁶ “(...) não pelos supervisores, mas já entre os colegas de trabalho; algumas pessoas que têm visão mais caricata das religiões afro-brasileiras” (Rosalice, em entrevista).

⁵⁹⁷ “(...) utilizo, mas não tenho nenhum supervisor em nenhuma das redes; esse é um dos cuidados que tenho; seleciono colegas, justamente pra ter cuidado com quais pessoas têm acesso ao conteúdo das minhas redes” (Rosalice, em entrevista).

⁵⁹⁸ “(...) na minha experiência, não tive exatamente desvio de função, mas todo dia pra logar leva algum tempo, porque nosso ponto só registra no sistema a partir do momento em que a gente faz o login; fazer o login e ficar disponível pra atender as chamadas. (...) até ligar todos os sistemas, desde o momento que a gente chega, por exemplo se meu horário for 15h40, eu tenho que chegar lá 15h20, 15h30 pelo menos, pra que eu consiga ligar todos os sistemas que eu preciso pra trabalhar e estar logada às 15h40, então todo dia tem minutos nossos que estão sendo doados pra empresa, que não contabilizados como tempo de trabalho” (Rosalice, em entrevista).

⁵⁹⁹ “Temos algumas pessoas, no call center, que tem essa situação, pois ao invés de atenderem realizam tarefas que eles chamam de apoio da supervisão. Esse cargo não existe. As pessoas ganham como atendente; [quer dizer,] têm a remuneração delas congelada pela média dos últimos três meses e ficam exercendo meio que o trabalho da supervisão, o supervisor fica dando coisas pra elas que seriam coisas de o supervisor fazer” (Rosalice, em entrevista).

atendimento, ao realizarem vendas, recebem uma remuneração inferior ao preço real das metas que atingem. No entanto, ela afirma que é “difícil dizer” se o desvio de função é ilegal, pois “fica muito complicado com a reforma trabalhista”⁶⁰⁰. O desvio de função se combina, dessa forma, com métodos de espoliação do direito ao salário, na sua parcela variável, como uma típica hostilidade contratual, camuflada no contrato sob o signo da ambiguidade, sem passar despercebida.

Sobre hostilidades vivenciadas no processo de trabalho, Marilene narra: “Eu já atendi pessoas que começaram a denegrir minha imagem pela minha função. Disseram ‘não, você tá aí, é pra me servir; eu tô aqui pagando teu salário’. Já chamaram de vagabunda, esses tipos de coisa” (Marilene, em entrevista). Relatos de violência no trabalho também são realizados por Rosalice: um primeiro sobre uma situação de racismo e um segundo sobre um pedido de folga para apresentar um trabalho da faculdade, que resultou em perseguição pela gerente.

A trabalhadora entende que o primeiro caso não teve como consequência um grande conflito, pois procurou o único supervisor negro da Empresa 1 para conversar e avalia que seu instrutor recebeu bem o que ela disse⁶⁰¹. Sobre a segunda situação, narra que solicitou folga para a responsável do setor de recursos humanos e, recebida autorização, faltou ao trabalho para ir para o congresso acadêmico. No entanto, sua responsável imediata não concordava com a liberação, ficou irritada com a falta e passou a monitorar seus resultados, humilhá-la e fazê-la implorar para permanecer na empresa⁶⁰².

⁶⁰⁰ “(...) e agora recentemente, no nosso trabalho de setor receptivo do call center, o SAC, dá o suporte, temos sido cobrados agora de realizar venda de produtos, o que tá ligado geralmente ao setor ativo, a realizar a venda, porque esse setor recebe comissão de venda, a gente não recebe comissão de venda, nosso sistema de remuneração por venda é bem diferente; se as pessoas que estão vendendo estivessem no setor de venda estariam recebendo muito mais comissão. (...) se há um desvio de função ou não, fica muito complicado com a reforma trabalhista, difícil de dizer nesse novo contexto” (Rosalice, em entrevista).

⁶⁰¹ “(...) já passei também por uma situação de racismo, em que um instrutor usou um episódio bem infeliz pra falar sobre racismo, de um jeito totalmente errado e eu não gostei. Procurei o único supervisor negro que tinha lá pra conversar e conversei com esse instrutor depois. Na hora, os colegas não tinham entendido da mesma forma do que eu, mas o instrutor recebeu bem o que eu disse. Não teve grande conflito por isso” (Rosalice, em entrevista).

⁶⁰² “(...) Já sofri situação de assédio moral, da minha gerente no atendimento, por conta de uma falta minha, para apresentação de trabalho em um congresso. Pedi liberação pro RH, o RH falou que eu podia ir, mas a minha coordenadora negou a liberar esses dias, mesmo eu tendo a documentação toda da faculdade de que eu ia pra faculdade. (...) Depois que eu voltei, ela me chamou na sala dela e fez eu implorar pra permanecer na empresa. Depois disso ela ficava acompanhando meus resultados direto. Na conversa, tinha um tom bem passivo-agressivo. Ela dizia ‘não tô te chamando aqui pra te demitir, mas será que você merece ficar na empresa, será que você quer mesmo?’ (...). Ela foi transferida pra outro setor, mas durante essa época eu senti mais” (Rosalice, em entrevista).

A quinta e última entrevistada, Marsha⁶⁰³, trabalhava como funcionária pública na Empresa 3, uma empresa pública que contratava teleoperadoras por meio de seleção pública. Marsha descreve que, por conta da crise, a empresa pública deixou de realizar seleções para o setor de teleatendimento e passou a realizar seleções internas para a transferência de setor. Até então inexistentes, a instituição de metas para a seleção interna se combinou à ausência de reposição do quadro de funcionários, que progressivamente foram transferidos para outros setores.

Com menor quantidade de pessoas no teleatendimento e pressões para a terceirização, a trabalhadora narra um aumento significativo do ritmo de trabalho⁶⁰⁴. Criticando a empresa, relata que: “(...) já sabiam que as pessoas detestam o call-center e querem sair de lá. Mas como tava ficando cada vez mais difícil o funil pra sair, do call center e ir pras outras áreas, porque havia recessão nacional, toda a história dessa crise, aí a Empresa 3 tava deixando de expandir pra contrair (...)” (Marsha, em entrevista).

Marsha entende que não foi repreendida por sua vestimenta por nenhum chefe, ainda que já tenha recebido recomendação de um colega sobre necessidade de se vestir bem para ser promovida⁶⁰⁵. Sobre o uso de redes sociais, avalia que sofre mais restrições no novo emprego do que sofria como teleoperadora, quando já tomava precauções⁶⁰⁶.

O impacto desse aumento de ritmo fez-se sentir especialmente sobre Marsha, por conta de sua identidade de gênero. Transexual e militante pelos direitos das pessoas trans, Marsha batalhou, desde sua entrada na Empresa 3, pelo direito de teleoperadoras trans utilizarem o nome social em todos os registros na empresa. Questionada sobre já ter sofrido violência no trabalho, respondeu:

⁶⁰³ Nome fictício, atribuído livremente, em referência a Marsha P. Johnson, mulher transgênero negra, personagem proeminente da Rebelião de Stonewall, em 1969.

⁶⁰⁴ “Conforme as pessoas iam saindo do call center e não se realizava mais concurso pra repor essas pessoas no call center, então a quantidade de ligação começava a aumentar. Foram diminuindo o número dos atendentes, a quantidade de ligação foi aumentando e a gente tinha que atender cada vez mais rápido, cliente mais louco, a gente mais louco, isso foi... era ligação... a cada três segundos, a gente recebia uma ligação. Mas a própria dinâmica é adoecedora por esse motivo” (Marsha, em entrevista).

⁶⁰⁵ “Sobre roupa, não, nunca acontece nada, nunca senti... Eu sempre fui com roupa que quis, assim, ia com roupa velha, com roupa nova, roupa mais larga, mais justinha, às vezes mais feminina, às vezes com roupa rasgada e tal. Rasgada no sentido de estilo roupa rasgada. Nunca teve problema. Na verdade, disseram pra mim uma vez... Mas isso não foi nenhuma chefia, foi colega de trabalho mesmo. Ele ia sempre muito bem arrumado e ele pegou e falou: ‘ah, é uma dica, eu não sei se dá certo, porque afinal de contas... mas sempre venha bem arrumada, porque isso conta na hora de eles pensarem em promoverem pra alguma coisa’” (Marsha, em entrevista).

⁶⁰⁶ “Por isso tento evitar ao máximo expor minhas opiniões pessoas nas redes sociais. Inclusive gostaria de fazer a ressalva de que quando trabalhava na antiga empresa na posição de teleatendente, me sentia mais livre em expressar minhas opiniões políticas etc. Agora, por outro lado, me sinto menos à vontade, pois estagio em um órgão propriamente público, cujas atribuições têm impacto político direto na sociedade e, portanto, naturalmente percebo restrições em minha vida privada” (Marsha, em entrevista).

Acredito que sim. Mais no que tange ao fato de ser transexual. Fui demandada a dar uma entrevista ao setor “jornalístico” da empresa e quando me recusei senti hostilidade pela parte do serviço social. Explico: fui à assistência social da empresa, por algum motivo que não me lembro exatamente, e lá ela teve a ideia de me colocar em contato com um responsável por editar a “revista interna” da empresa e relatar o quanto me sentia confortável com o tratamento que recebia em função da minha identidade de gênero. Entretanto me recusei, justamente por não sentir que a empresa tinha feito muitos esforços em atender minhas especificidades que se centravam, basicamente, no direito de utilização do nome social no registro interno e no e-mail corporativo. Assim, a assistente social, ou sei lá qual era o cargo dela exatamente, gritou comigo e disse que eu era ingrata ou algo do tipo. Não me lembro bem pois faz tempo, mas tomei como uma ofensa pessoal e, desde então, evitei ela e o setor de assistência social. Voltei lá apenas mais uma única vez para pedir minha rescisão (Marsha, em entrevista).

Como narrou, Marsha foi convidada para dar entrevista para a revista interna da empresa, a respeito do quanto se sentia confortável e recebia bom tratamento da empresa, supostamente uma empresa parceira das pessoas transexuais. Por entender que isso não ocorria, recusou-se à entrevista e a funcionária da empresa respondeu com gritos, chamando-a de ingrata e, desde então, Marsha deixou de conversar com o setor, que nada fez a respeito.

A hostilidade contratual sofrida, no entanto, não se limitava ao e-mail corporativo e ao registro interno, nem se limitava à relação com colegas e chefes. Em forte relato sobre homotransfobia, Marsha informa que sua voz era motivo de discriminação por parte de clientes:

Com relação à discriminação dos clientes, havia né. Porque afinal de contas eu não ia mudar o meu nome na hora do atendimento, minha voz é grossa e os clientes eles... realmente... às vezes se assustavam, falavam assim: "ah, pensei que era uma mulher falando"; daí eu falava: "não, eu sou uma mulher"; [respondiam:] "como, nossa, mas que voz grossa", não sei o quê. Enfim, esse tipo de coisa assim. (...) E teve uma vez que eu lembro bem, que um cara tirou sarro e eu expliquei: "não, sou uma mulher, tenho voz grossa e tal". Aí acho que ele entendeu que eu era trans e ele começou a rir e falar que: "ah, agora a Empresa 3 contrata esse tipo de gente", que não sei o quê e blá, blá, blá. Aí beleza. Esse tipo de situação me acontecia bastante, não essa específica declarada, mas a das pessoas se assustarem, ficarem... às vezes, deixar de focar o atendimento (...) pra perguntar sobre mim, assim, enfim” (Marsha, em entrevista).

Sua voz era seu instrumento de trabalho, atributo de sua identidade e também o alvo de hostilidades homotransfóbicas, pois os clientes a “estranhavam” e entendiam que não correspondia ao nome feminino que Marsha anunciava ao telefone. Com a

instauração do atendimento por chat, intensificava-se a rotina do atendimento e diminuía ainda mais a *porosidade do trabalho*, para lembrar a expressão de Chico de Oliveira. A exposição às hostilidades era parte das obrigações contratuais e a intensidade do trabalho crescia. Como relata Marsha:

Foi bem nessa época que a Empresa 3 colocou um sistema de teleatendimento [por chat, online], então o pessoal do *call center* deixou de só atender através da chamada de voz pra também atender por chat [*online*]. Ou seja, isso foi uma das outras coisas que começaram a enlouquecer a gente... Foi vendido do tipo: "quando vocês atenderem por chat vocês vão tomar um tempo do atendimento por telefone"; "é bom pra vocês, relaxa a mente"; todo mundo sabe que é uma bosta ficar atendendo telefone, né. A chefia sabia, todo mundo sabia. Isso é consenso mundial, acho. Aí venderam essa ideia do chat, que seria melhor. Só que o problema é que o chat, tipo, ainda assim tinha que dividir sua atenção entre conversar, fazer o chat. Por mais que eles fossem períodos diferentes, [porque] quando você estivesse atendendo o chat você não atendia no telefone e quando você tivesse no telefone não caia chat, e às vezes acontecia de cair os dois ao mesmo tempo e você tinha que lidar com aquilo, mas aí era uma falha do sistema, depois eles corrigiram, mesmo assim, tipo, é foda ficar atendendo, e é meio que você estar na iminência de atender o telefone novamente (Marsha, em entrevista).

Apesar de todo o cenário de violências institucionais, Marsha relata vitória de uma colega transexual na empresa, que deixou de atender por telefone e passou a atender apenas por chat. A colega de Marsha entregou laudo médico, com o qual conseguiu evitar a exposição da voz e, portanto, a hostilidade homotransfóbica de clientes:

Tinha uma colega minha trans, que ela passava pelo mesmo que eu. Quando a gente se conheceu, ela já tinha conseguido todo um rolê que ela não precisava mais atender [telefone]. (...)essa minha amiga trans conseguiu ficar só no chat. Levou laudo médico e tal, porque ela também ficou afastada, com depressão, um tempo. E ela conseguiu ficar só no chat, aí ela sofria constante ameaça de que voltaria e tal: "não, você vai voltar"; "não, não sei o que"; "não, isso vai passar e você vai voltar pro chat, pro atendimento". Na verdade, que é uma bosta, eu super entendo ela, não queria ter que lidar com o fato de ter que ficar lidando com os clientes não saberem quem são pessoas trans e começarem a humilhar você no telefone, e ao mesmo tempo se soma com o fato de você ter que atender constantemente, então o chat é um alívio, por assim dizer, duplo assim pra gente. Mas eu não consegui ficar só no chat, ela conseguiu, aí depois acabei me demitindo e não sei o que aconteceu com ela (Marsha, em entrevista).

A possibilidade de não expor a voz à violência homotransfóbica, da colega de Marsha, foi concedida de cima, sem garantia efetiva de que não haveria retorno à situação anterior. Superiores hierárquicos realizaram ameaças constantes, como

relatado, no sentido de fazer retornar a funcionária à função anterior. Ou seja, de a expor à homotransfobia novamente. O conhecido impacto discriminatório da ação dos superiores hierárquicos retira da hostilidade qualquer disfarce. A violência homotransfóbica se explicita.

É certo que mantiveram negligência quanto a Marsha, que sofria a mesma hostilidade, se estavam cientes da situação e sua colega. Perguntada sobre ter recebido apoio de colegas transexuais para a luta pelo uso do nome social no registro interno e no e-mail corporativo, Marsha respondeu:

Na verdade eu é quem apoiei outras colegas que estavam na mesma situação que eu pois, ao que parece, fui pioneira na demanda, embora não tenha sido pioneira na existência. É claro, sempre houve, sempre existiram transexuais nos quadros de funcionários da Empresa 3, mas nenhum deles tomou essa iniciativa de ajeitar a própria identidade internamente. Assim o caminho ainda estava inexplorado, com todas as suas dificuldades iniciais (Marsha, em entrevista).

Marsha foi pioneira nas lutas, adoeceu, demitiu-se, mas nunca deixou de defender o que pensava e acreditar no seu futuro. Sua personalidade não foi capturada pelo contrato ou pelas hostilidades. Barchehen Luiz (2019) testemunha situações de solidariedade no trabalho e argumenta contra o mito de que teleoperadoras estão passivas:

Mas cabe ressaltar, que em meio à exaustão coexistem as formas de suavizar a rotina e não ser sugado pelo estresse do fluxo de ligações incessante, elas são incrementadas nas minúcias de apoio entre teleoperadores. Este auxílio mútuo cresce por entre as brechas do controle exercido e representa o elo solidário que une os trabalhadores, apesar da forte lógica individualizante imputada. As pequenas táticas de subversão que vão sendo encontradas, repassadas silenciosamente e multiplicadas desafiando esta lógica. Como derrubar uma ligação muito conflituosa de um colega sem que “caia na monitoria” o desligamento, cobrir o colega para que saia alguns minutos mais cedo sem constar como desligado/offline no sistema, entre outras.

O hábito de durante a pausa ir até a cozinha e pegar um café ou chá para levar até a mesa do colega que está em atendimento, de trazer um bolo e dividir entre o corredor (comendo fora da cozinha mesmo), de notar que o colega está com alguma dificuldade e já se prontificar a ir ajudá-lo, tantas sutilezas que atravessam aquilo que o cotidiano não enrijeceu.

Entre os corredores de PA's, na cozinha, nos banheiros, nos grupos de whatsapp, os assuntos relativos ao trabalho são comentados e os assuntos políticos gerais também são conversados, a despeito de todo o afastamento de uma tradição de organização e ação coletiva dos trabalhadores, eles não estão de forma alguma indiferentes ao que compõem o mundo. O desafio está em reconectar-se ao conjunto, ao

coletivo, fortalecer o que lhe foi enfraquecido, mas não está completamente perdido (LUIZ, 2019, p. 53).

Nesse mesmo sentido, vale relatar que a situação do nome social só foi regularizada na Empresa 3 em 2018, momento no qual Marsha já não teve condições de saúde para continuar no trabalho e pediu demissão. Ainda assim, é educativo observar o forte elo de solidariedade ativo que a liga às colegas teleoperadoras transexuais, que passam a colher o direito de que Marsha foi a primeira lutadora. É o que se extrai de seu testemunho sobre outras duas colegas:

Ela se assumiu logo depois que a gente conseguiu a utilização do nome social. Enfim, também tem uma outra [colega transexual, além da que já comentou antes,] que fiquei sabendo, que mandou email pra mim, foi uma que ficava num outro setor, mas em outra cidade. (...) Ela também se assumiu depois que foi garantido o uso do nome social dentro da empresa. Ou seja, as pessoas tavam esperando esse direito pra poderem exercer sua identidade. O que foi muito bom. Uma pena que me desgastou também e eu não consegui nem batalhar pra conseguir sair daquele call center (Marsha, em entrevista).

Os depoimentos, observados no seu conjunto, demonstram a força com que empregadores exercem hostilidades contratuais, capazes de avançar sobre a voz e a vestimenta de trabalhadoras, com objetivo de garantir o ritmo de trabalho. O corpo se revela como obscuro objeto do contrato de trabalho (SUPIOT, 2016) e a inviolabilidade física ou integridade corporal de trabalhadores fica ameaçada.

Renova-se a ambiguidade do estatuto jurídico do corpo (CORRÊA; GEDIEL, 2018), para além das fronteiras do Direito Civil e Constitucional. A possibilidade de disposição corporal pelo contrato de trabalho torna o corpo “externo” ao sujeito, um “bem jurídico”, ainda indisponível. Os empregadores confundem a coisa-trabalho com a coisa-pessoa e crescentemente se utilizam de características do empregado, como se fossem “coisas suas”, em evidente perigo para os cânones jurídicos do trabalho livre (CATHARINO, 2012; BALLESTRERO; 2010).

Em tensão, por motivos teoricamente ligados à coisa-trabalho, o poder empregatício avança sobre a coisa-pessoa, com técnicas do regime jurídico de propriedade, inclusive para retirar forçadamente o direito de domínio sobre a voz, a vestimenta e outras “coisas” sujeitas à apropriação. Este movimento de avanço sobre o corpo de trabalhadoras mulheres também foi motivo de julgamento pelo STF, em 2019, após nova disposição da contrarreforma trabalhista, na ADI 5938.

O caso trata da autonomia contratual individual e poderia ser resumido, segundo o Ministro Alexandre de Moraes, a uma só pergunta: “A resposta a essa pergunta já bastaria à solução do caso. Mas vou trazer todos os argumentos. Quem de nós, Ministros ou plenário, gostaria que nossas filhas, irmãs, netas, grávidas ou lactantes, continuassem a trabalhar em ambientes insalubres?” (BRASIL, 2019m)⁶⁰⁷. Uma perspectiva familista e possivelmente sexista é valorizada na perspectiva do Ministro Relator.

Em debate, encontrava-se um dispositivo que havia sido previsto pela contrarreforma trabalhista, revogado pela Medida Provisória 808, de dezembro de 2017, e retornado à vigência na redação original, com o arquivamento da MP 808/2017⁶⁰⁸. No texto da Lei 13.467/2017, alterava-se o artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho e instituía-se a possibilidade de que trabalhadoras grávidas e lactantes trabalhassem em ambientes insalubres. Dispõe o art. 394-A da CLT, atualizada pela Lei 13.467/2017:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Em exegese dos dispositivos legais, é possível observar que restou vedado apenas o trabalho em atividades insalubres de grau máximo, para gestantes. Quando as atividades forem classificadas em grau médio e mínimo, para gestantes e lactantes, o afastamento da empregada seria condicionado à apresentação de atestado médico de sua

⁶⁰⁷ A maior parte das citações referentes à ADI 5938 são feitas com base nos votos dos Ministros na sessão de julgamento, realizada em 29 de maio de 2019, disponível no Portal do STF no youtube. A versão definitiva dos votos em acórdão judicial não havia sido disponibilizada quando foi realizada a análise inicial. Pela relevância do julgado na temática desta tese, optou-se pela transcrição livre dos votos, combinada à análise do acórdão escrito. A sessão pode ser acessada no link: <<https://www.youtube.com/watch?v=H1Ybv7JVyRc>>. A afirmação sexista do Ministro Alexandre de Moraes, que fundamenta seu voto em preocupação tutelar com parentes mulheres trabalhadoras, foi verbalizada em plenário, mas não foi mantida no voto do Ministro que consta no acórdão definitivo do julgado. O julgado será referido como “BRASIL, 2019m”, pela sua posição nas referências, ao final da tese.

⁶⁰⁸ A MP 808/2017 teve vigência encerrada, sem aprovação, o que resultou no seu arquivamento. Todos os dispositivos revogados ou alterados por ela voltaram à vigência, com a redação original. Entre eles, encontrava-se o tema da trabalhadora grávida ou lactante em ambiente insalubre.

confiança. Na condição de lactante, mesmo nas atividades insalubres de grau máximo, o afastamento restaria condicionado à apresentação de atestado de médico de sua confiança.

O objeto da ADI, assim, era o trecho “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, no inciso II no inciso III. A autora da ação é a Confederação Nacional de Trabalhadores Metalúrgicos, que pede a declaração de inconstitucionalidade dos dois trechos. A inconstitucionalidade consiste no fato de que as expressões impugnadas permitiriam a exposição de empregadas grávidas e lactantes a ambientes insalubre, ferindo direitos fundamentais.

O Ministro Alexandre de Moraes, relator da ação, fundamenta sua posição pela procedência da ADI e declaração de inconstitucionalidade dos trechos referidos. Fundamenta seu voto com base no direito social à maternidade e à proteção integral da criança:

Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, será dela, trabalhadora, o ônus da demonstração probatória e documental da circunstância de insalubridade. O que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para exercício do seu direito. (...) É um ataque ao direito social da mulher, direito à maternidade, proteção integral da criança, permitindo como regra que possa trabalhar em ambientes insalubres, tanto durante a gestação quanto na lactação, e só excepcionalmente lhe dando o ônus de comprovar que o ambiente é insalubre. Volto a dizer, no caso da lactação mais grave ainda. Mais grave, porque se aplica esse ônus inclusive a ambientes de insalubridade máxima (BRASIL, 2019m).

O Ministro Edson Fachin fundamenta sua posição, pela procedência da ação, em “inconstitucionalidade saliente”, consubstanciada na ofensa dos trechos impugnados ao “tripé maternidade–nascituro–infância”. O Ministro Barroso concorda com aqueles que o antecederam: “Viola proteção à maternidade, viola proteção da criança e o princípio da precaução, normalmente aplicado a questões ambientais, mas também vale pra ambiente de trabalho” (BRASIL, 2019m).

Exceto o Ministro Marco Aurélio⁶⁰⁹, todos acompanharam o relator e votaram pela declaração de inconstitucionalidade da norma. Restou estabelecido precedente

⁶⁰⁹ O Ministro Marco Aurélio afirma não visualizar inconstitucionalidade que “salte aos olhos”, à primeira visão, o que o impediria de exercer o controle de constitucionalidade no caso. Na sua perspectiva, o dispositivo normativo impugnado não apenas não ofenderia a Constituição, mas valorizaria a liberdade

judicial do Supremo que declara, em controle abstrato de constitucionalidade, a incompatibilidade de texto de contrarreforma trabalhista com a Constituição Federal, como se extrai da decisão:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade. Por maioria, confirmou a medida cautelar e julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: pelo amicus curiae Confederação Nacional de Saúde – CNS, o Dr. Marcos Vinicius Barros Ottoni; e, pelo amicus curiae Central Única dos Trabalhadores – CUT, o Dr. Ricardo Quintas Carneiro. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário 29.05.2019 (BRASIL, 2019m).

Nas palavras da Ministra Rosa Weber, trata-se de estabelecer “(...) limites à liberdade de organização e administração do empregador, de forma a concretizar, para a empregada mãe, merecida segurança no exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família” (BRASIL, 2019m).

Volta a aparecer, em mais de um voto, o princípio da vedação do retrocesso social. Isso porque o tema era tratado, anteriormente, pela seguinte redação legal, conforme art. 394-A, antes da contrarreforma trabalhista: “A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”. No contraste entre o dispositivo normativo antes e depois da contrarreforma trabalhista, resta claro que o direito das trabalhadoras existia sem limitações e passou a ser restringido.

Demonstrativo da perspectiva de vedação ao retrocesso é o voto do Ministro Celso de Mello, que relembra a jurisprudência do Tribunal Constitucional português:

Refiro-me ao acórdão 39/1984, que ao invocar cláusula de proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de um diploma normativo estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de direitos sociais. Vindo a proferir a decisão, do ilustre relator da casa, constitucionalista e professor então conselheiro Vital Moreira: (...) “As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos

da mulher: “(...) em um preceito que encerra tão-somente liberdade, liberdade da mulher prestadora dos serviços, no que prevista a possibilidade de afastamento do ambiente insalubre em grau médio, se apresentado atestado médico, em outro que versa a questão da lactação... Eu não tenho, quanto a esse requisito para o afastamento, eu não tenho como concluir pela inconstitucionalidade. Prometendo que vou reexaminar o que acabo de exteriorizar, mas é fruto do meu convencimento ante a acachapante votação até aqui” (BRASIL, 2019).

fundamentais, no sentido de criar certas instituições, serviços ou garantias, não o obriga apenas a criá-los, obriga o Estado a não os abolir, uma vez instituídos (BRASIL, 2019m).

Na ementa do acórdão, como fundamento da decisão, restou estabelecida, no item 1, a proteção dos direitos sociais como direitos fundamentais e liberdades positivas; no item 4, ademais, afirma-se a irrenunciabilidade a esses direitos fundamentais:

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.
(...) 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido (BRASIL, 2019m, p. 01 e 02).

O retorno de argumentos protetivos e de palavras como direitos fundamentais e irrenunciabilidade de direitos, no âmbito da jurisprudência trabalhista do Supremo, pode apontar uma importante tendência de decisões judiciais, que oferecerá limites à hibridização crescente do contrato de trabalho. Combina-se a essa possibilidade a inclinação familista e sexista de uma parte dos votos, que colocam a argumentação constitucional sob suspeita, pelos traços de familiarização neoconservadores da sociedade, antes desenvolvidos (BROWN, 2019).

Do conjunto de manifestações de Ministros, de qualquer forma, observa-se uma perspectiva comum de manutenção de um núcleo de racionalidade juslaboral, ainda que flexibilizado. Este núcleo é constituído por dispositivos normativos referentes à não discriminação da mulher, ao direito social à maternidade, ao direito social à redução de riscos no meio ambiente de trabalho e, ainda, à vedação de retrocesso social, entre outros temas citados como razões de decidir. Eis uma possível borda da ilegalidade, como limite à expansão das hostilidades contratuais.

A personalidade sitiada, antes abordada como resultante do desenvolvimento da categoria teórica das ilegalidades expandidas, pôde ser observada concretamente, pela memória de trabalhadoras sobre hostilidades sofridas e por decisão do STF sobre limites à disposição do corpo da trabalhadora grávida ou lactante.

A imposição de limites às hostilidades se combina ao movimento de expansão das bordas da ilegalidade. Na perspectiva do empregador e de sua vontade de sucção do trabalho vivo, tudo é contrato: vestimenta, tom de voz, capacidade de resolver problemas, privacidade, proteção do tempo e expectativa de futuro se tornam aspectos dos direitos da personalidade *reificáveis*, compreensíveis sob o signo da coisificação, da hostilidade, da imposição. Os atributos da personalidade são bens jurídicos sob domínio da pessoa e não podem ser transacionados, segundo parte das razões de decidir do STF. Até que ponto?

Observa-se que o fetiche pelo qual se oculta a transformação de atributos em bens, transitando-se do regime dos direitos da personalidade ao regime dos direitos da propriedade, ocorre *por meio do contrato de trabalho*. Nesse sentido, o mascaramento se desvela na conversa sobre o contrato, na autocompreensão das trabalhadoras de sua condição social e das formas de rebelar-se contra isso, nem sempre públicas.

É o contrato quem fornece expectativa legítima de apreensão do futuro, seja diário, para o descanso interjornada, seja anual, no descanso de férias. Nesses períodos, é possível perspectivar maior sentido à vida, que “principia [para o trabalhador] quando interrompe essa atividade, à mesa, no albergue, no leito. Em compensação, ele não tem a finalidade de tecer, de fiar, de furar, etc., nas doze horas de trabalho, mas a finalidade de ganhar aquilo que lhe assegura mesa, albergue e leito” (MARX, s/d, p. 63).

No Volume 3 de *O Capital*, Marx afirma que: “o reino da liberdade só começa onde cessa o trabalho determinado pela necessidade e pela adequação a finalidades externas; pela própria natureza das coisas, portanto, é algo que transcende a esfera da produção material propriamente dita” (MARX, 2017, p. 807). Daí que se podem articular “a ação contra o *controle opressivo do capital no tempo de trabalho* e contra o *controle opressivo do capital no tempo de vida*” (ANTUNES, 2009, p. 172).

A observação das disputas sobre a ilegalidade, em âmbito estatal, faz olhar e refletir novamente sobre as hostilidades contratuais, na concretude das relações que avançam sobre aspectos da vida e do corpo das trabalhadoras. As formas de estranhamento se expandem nas relações sociais e, com elas, a instabilidade da explicitação da violência como agressividade jurídica lícita. A valorização de experiências de resistência exige o conhecimento das hostilidades que se operam sobre aqueles e aquelas que trabalham. *A carga explosiva do contrato se intensifica.*

b) Contratos espoliativos e rebeldias criativas

A essa altura, já não parece estranho afirmar que as novas modalidades de funcionamento do capitalismo hibridizam o contrato de emprego único, motivo pelo qual outros tipos contratuais passam a ocupar um espaço relevante da regulação pública do trabalho. A nova normatização também realiza alteração de aspectos protetivos do contrato de emprego típico, em temas como privacidade, já analisados, e outros como jornada de trabalho, diversificando e heterogeneizando a padronização anterior.

Esta subseção apresenta a hibridização de cláusulas contratuais do contrato de emprego e, depois, rebeldias criativas de trabalhadoras terceirizadas. Para fornecer uma percepção expandida no tempo da crise do contrato, trata-se de salientar as instabilidades da carga política que acompanham os movimentos espoliativos. Em decorrência delas, *erupções públicas* são exemplificadas pela experiência protagonizada pelas trabalhadoras terceirizadas do município de Porto Alegre/RS, narrativa que encerra a análise deste capítulo.

O conjunto de alterações recentes de cláusulas normativas de ordem pública, baseadas na expansão da liberdade contratual, é extenso e envolve medidas de direito material e processual do trabalho. No campo processual, Vazquez, Biavaschi e Droppa (2019) elencaram medidas da contrarreforma trabalhista que limitaram a atuação de magistrados, com objetivo de restringir a tutela de direitos e ofereceram crítica pública dos dados da Justiça do Trabalho, quando comparados a outros ramos do Judiciário⁶¹⁰.

Dados do Conselho Nacional de Justiça sobre a Justiça do Trabalho, sistematizados pelas autoras, indicam que os temas mais frequentes, postulados em ações ajuizadas em 2017, são verbas devidas e não pagas na rescisão laboral (60,65%) e pagamento de horas extraordinárias (41,86%). São mais de 638 mil processos sobre aviso prévio, mais de 566 mil processos sobre não pagamento de verbas rescisórias no prazo correto e mais de 550 mil processos sobre não pagamento de multa de 40% do FGTS, na rescisão contratual (VAZQUEZ; BIAVASCHI; DROPPA, 2019, p. 260). No conjunto dos 10 milhões de processos existentes na Justiça Trabalhista, em 2018, 58%

⁶¹⁰ “Há outros exemplos de limites à atuação dos magistrados e ao avanço da jurisprudência, tais como: restrição à desconsideração da personalidade jurídica (= responsabilizar o sócio pelas dívidas não cumpridas da pessoa jurídica); definição do uso da Taxa Referencial, TR, para atualização do crédito trabalhista, quando o próprio Supremo Tribunal Federal, STF, entende inconstitucional esse critério; impedimento da inserção dos executados no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas, BNDT, em cartório de protesto ou sistemas dos órgãos de proteção ao crédito, antes de 45 dias a contar da citação. Ainda, inclui normas sobre execução que retiram do Juiz seu poder/dever de promovê-la de ofício, independentemente da provocação da parte” (VAZQUEZ; BIAVASCHI; DROPPA, 2019, p. 256).

deles seriam sobre verbas “rescisórias”, ou seja, que deveriam ter sido pagas no ato da despedida” (VAZQUEZ; BIAVASCHI; DROPPA, 2019, p. 261).

Com recorte temático referente aos temas de maior ajuizamento, acima indicados, serão analisados atos normativos que expressam espoliações contratuais quanto ao tempo de trabalho, no sentido de devolução ao domínio privado de comportamentos e práticas antes reguladas por normas de ordem pública. Como já se exemplificou no primeiro capítulo, há um desenho institucional discriminatório da regulação do tempo de trabalho. Revisita-se o tema, por meio da análise de dispositivos normativos da Lei de Liberdade Econômica e da contrarreforma trabalhista.

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica ou Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019, doravante LLO) elevou a aposta do capital e informou que outras áreas do jurídico, além da trabalhista, deverão ser interpretadas em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, como se observa em seu art. 1º, §§ 1º e 2º:

§ 1º. O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

§ 2º. Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

O sentido da expressão “liberdade contratual”, nesta lei como na contrarreforma trabalhista, deve ser compreendido à luz do entendimento constitucional do STF e das permissividades constitucionais da CRFB/1988, como desenvolvido na tese. Não por acaso, a LLO é ato normativo pelo qual se alarga a quantidade de empresas para as quais deixa de ser exigido controle de jornada de trabalhadores. A redação do art. 74, §2º⁶¹¹ da Consolidação das Leis do Trabalho foi alterado pela LLO. Antes, empresas com pelo menos 10 empregados deveriam ter controle de jornada. Com a promulgação da LLO, apenas empresas que contratam a partir de 20 empregados são obrigadas ao controle de jornada.

⁶¹¹ CLT, art. 74, §2º, antes da alteração pela LLO: “§ 2º Para os estabelecimentos de **mais de dez trabalhadores** será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso” (grifos nossos).

A LLO diminui o poder de fiscalização do contrato de trabalho, pela retirada de normas de ordem pública limitadoras da liberdade contratual. Dispõe a CLT, alterada pela LLO:

Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.

§ 2º Para os estabelecimentos com **mais de 20 (vinte) trabalhadores** será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso (grifos nossos).

A LLO criou a figura do “registro de jornada de trabalho por exceção”. Expandiu a liberdade contratual por meio da lei, para tornar legítimo o controle da jornada ser realizado apenas por exceção, ou seja, torna obrigatório apenas o registro das horas extraordinárias prestadas ou outras situações de anormalidade, como faltas. O requisito, para que a exceção seja considerada lícita, é o exercício da liberdade contratual, individual ou coletiva. Dispõe a CLT, alterada pela LLO: “Art. 74, § 4º. Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho”.

Um outro ponto sensível, inserido pela LLO na legislação trabalhista, concerne à diminuição da fiscalização estatal da aplicação das normas de ordem pública, vigentes nos contratos de emprego. Empresas de baixo risco passam a ser definidas por decreto, poderão ser dispensadas da necessidade de autorização estatal para funcionamento e ainda poderão receber aprovação tácita, por decurso de tempo na resposta do Estado a uma solicitação⁶¹².

⁶¹² O tema foi desenvolvido por Bordas, Silva e Mello (2020), conforme segue: "(...) (1) as autorizações prévias de atividades econômicas serão dispensadas para atividades de baixo risco, cabendo ao Poder Executivo a edição de um ato, classificando-as (LLO, art. 3º, I); (2) eventual decurso de prazo pelo Estado, na aprovação de uma solicitação, implicará em sua aprovação tácita (LLO, art. 3º, caput). Ao dispensar autorizações prévias para o funcionamento de algumas atividades econômicas ditas de baixo risco, esta nova norma poderá ser uma ameaça à própria segurança da sociedade, de consumidores e do patrimônio histórico, paisagístico, entre outros. O risco de uma atividade envolve, sobretudo, avaliação de condições e requisitos técnicos e científicos, mensuração de riscos potenciais, medidas compensatórias. Não se trata de um ato de governo, um ato discricionário. Um decreto não poderá se sobrepor à ciência, em nome exclusivamente dos “princípios” da liberdade econômica. Imagine-se um ato do Executivo que disponha que casas noturnas sejam atividades de baixo risco, o que, provavelmente aumentaria a possibilidade de tragédias como a da boate Kiss, em Santa Maria, por exemplo. A aprovação tácita também merece uma exemplificação. A nova Lei da Liberdade Econômica é inserida em proposta mais ampla, com nítido propósito de enxugamento da máquina estatal, o que pode se manifestar por diminuição de servidores, serviços etc. A aprovação tácita implica em ser aprovada uma determinada atividade econômica por decurso de prazo na análise. Seria o mesmo que dizer que uma mineradora terá autorizada sua atividade se os órgãos responsáveis não cumprirem os prazos e se estiverem presentes 'todos os elementos necessários à instrução do processo'" (BORDAS; SILVA; MELLO, 2020, p. 73 e 74).

A contrarreforma trabalhista, por sua vez, expande a possibilidade de instituição de banco de horas, antes limitada à contratação coletiva. A partir da nova redação legal, o tema pode ser objeto de *acordo individual*, escrito, entre empregador e trabalhador: “Art. 59. (...) § 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses”.

Assim, passa a ser permitido o banco de horas, por contrato individual, pelo prazo de seis meses; por contrato coletivo, pelo prazo de um ano. Além disso, para compensação de prorrogação de jornada, em até um mês, a contrarreforma trabalhista passa a aceitar o acordo tácito: “Art. 59. (...) § 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês”.

Também a compensação na modalidade doze horas por trinta e seis horas (“12h x 36h” ou, apenas, “12x36”) só era permitida, antes da contrarreforma trabalhista, por força de convenção coletiva de trabalho, ou acordo coletivo de trabalho, ou por meio de lei⁶¹³, como era o caso de algumas categorias, a exemplo de bombeiros civis. No entanto, a contrarreforma trabalhista alterou a norma de ordem pública e possibilitou a contratação individual da modalidade de compensação de jornada “12x36”. Como dispõe a CLT, no art. 59-A e no seu parágrafo único:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

Em resumo, ocorreram as seguintes modificações de entendimento:

⁶¹³ Veja-se a Súmula 444 do TST: “É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas”.

a) Antes da contrarreforma, o trabalhador em regime 12x36 tinha direito a intervalo intrajornada. Após, passou a ser uma liberdade empregatícia decidir pela concessão do intervalo ou pela sua indenização;

b) Antes da contrarreforma, o trabalho em feriados em regime 12x36 era recebido em dobro. Após, passam a ser considerados horários normais. Vale o pactuado. Privilegia-se a autonomia privada;

c) Antes da contrarreforma, os horários trabalhados em jornada noturna em regime 12x36 tinham direito ao adicional noturno e à hora ficta noturna. Após, espolia-se este direito. Vale a negociação e o domínio privado.

A contrarreforma trabalhista também expandiu a possibilidade de contratação de jornada de trabalho semanal inferior à de 44 horas semanais, no assim denominado regime de tempo parcial. Antes da contrarreforma, era lícita a contratação para 25 horas semanais, vedada a realização de horas extraordinárias. Após a contrarreforma, passam a ser possíveis contratos de até 30 horas semanais, sem horas extras, ou limitados a 26 horas semanais, com possibilidade de até 6 horas extraordinárias por semana⁶¹⁴.

Um outro tema no qual a liberdade contratual pode dispor, no vazio decidido pela norma de ordem pública, é o contrato de teletrabalho. O teletrabalho é considerado um regime de trabalho no qual o trabalhador fica excluído do controle de jornada. Dispõe a CLT: “Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (...) III - os empregados em regime de teletrabalho”.

A respeito da ausência de controle de jornada e, conseqüentemente, do não pagamento de horas extraordinárias, posicionou-se a ANAMATRA, no Enunciado 61 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, E, G e H protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT.

Além da *hostilidade contratual* que marca a ameaça de espoliação em cláusula contratual do direito ao controle de jornada de trabalho, o trabalhador em regime de

⁶¹⁴ Uma medida discriminatória foi sanada pela contrarreforma trabalhista, ao igualar as férias do contrato em tempo parcial e do contrato em tempo integral. A partir da contrarreforma, ambos possuem direito a 30 dias de férias anuais.

teletrabalho também poderá negociar a responsabilidade pela aquisição e manutenção de equipamentos de trabalho. Estabelece a CLT, alterada pela contrarreforma trabalhista, no art. 75-D: “As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”.

Sobre o tema, posicionou-se a ANAMATRA, no Enunciado 60 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT.

Também merece exame o artigo 75-E da CLT, incluído pela contrarreforma trabalhista. O dispositivo normativo estabelece que o empregador deverá instruir o empregado a tomar precauções sobre doenças e acidentes de trabalho. Na sequência, no parágrafo único, dispõe que ao empregado caberá assinar termo de responsabilidade e compromisso quanto ao cumprimento das instruções recebidas:

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Poderia ser levantada discussão, com base no dispositivo normativo, a respeito de ausência de responsabilidade do empregador sobre acidentes de trabalho. A melhor exegese do artigo, novamente, foi realizada pela ANAMATRA, no Enunciado 72 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ao assentar:

A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Os exemplos da expansão das liberdades contratuais poderiam seguir e incluir a possibilidade de extinção contratual por acordo, conhecido como *distrato* (art. 484-

A)⁶¹⁵, o acordo extrajudicial anual sobre verbas rescisórias (art. 652, “f”)⁶¹⁶, a ampla liberdade de negociação para o trabalhador hipersuficiente (art. 444, § único)⁶¹⁷, entre outros dispositivos. A espoliação cresce como cláusula lícita, intracontratual.

No âmbito coletivo, como se pôde observar com as Rebeliões de Junho de 2013, vivencia-se uma erosão do corporativismo, no seio da estratégica negocial e conciliatória da social-democracia, em crise nos sindicatos e nos partidos. Nowak e Gallas (2014) destacam dimensões das greves europeias nas quais se torna explícita a exclusão dos sindicatos das greves políticas. Em outro sentido, as greves expressam fortes descontentamentos coletivos e contestações políticas do neoliberalismo⁶¹⁸.

Os autores se utilizam de uma compreensão de lutas sociais e greve luxemburguista, para defender um elo essencial entre mobilizações por melhores condições de trabalho (*greve econômica*) e mobilizações mais amplas por reformas sociais, ou seja, da possível implicação política de greves imediatas⁶¹⁹. Em *Greve de*

⁶¹⁵ CLT, art. 484-A: “Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: I - por metade: a) o aviso prévio, se indenizado; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas”.

⁶¹⁶ CLT, art. 652, “f”: “Art. 652. Compete às Varas do Trabalho: (...) f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

⁶¹⁷ CLT, art. 444, § único: “Art. 444. (...) Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

⁶¹⁸ “Por outro lado, a análise de Gall considera o contexto político da onda de greve europeia, explicando sua novidade ao destacar que os sindicatos são excluídos 'do processo de troca política' (Gall, 2012: 2) ou que as negociações políticas produzem cada vez mais resultados ruins para os trabalhadores. (...) houve uma erosão do corporativismo, o que significa que a greve política se tornou o principal meio de luta na França, Grécia, Itália, Espanha e Portugal. De acordo com Gall, essa forma de greve tem força porque envolve grandes mobilizações políticas como 'expressão de descontentamento coletivo e contestação de políticas neoliberais' (Gall, 2012: 20)” (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 309, *tradução livre*). Trecho traduzido: “In contrast, Gall’s analysis considers the political context of the European strike wave, explaining its novelty by highlighting that unions are either excluded ‘from the process of political exchange’ (Gall, 2012: 2) or that political negotiations increasingly yield poor results for workers. (...) there has been an erosion of corporatism, which means that the political strike became the primary means of struggle in France, Greece, Italy, Spain and Portugal. According to Gall, this form of strike has strength to it because it entails big political mobilizations as ‘expression of collective discontent against and contestation of neoliberal policies’ (Gall, 2012: 20)” (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 309).

⁶¹⁹ “Ela não restringe o conceito de ‘greve de massa’ a greves políticas e destaca que greves puramente econômicas às vezes rapidamente adquirem uma dimensão política. Um de seus exemplos é uma parada nas oficinas de reparo ferroviário em Kiev em julho de 1903. O movimento de greve aumentou depois que a polícia prendeu dois delegados dos trabalhadores ferroviários. O bloqueio subsequente da estação ferroviária local levou a um massacre policial com mais de 30 trabalhadores mortos. No dia seguinte, uma greve geral começou em todas as partes de Kiev. Inspirada por esses eventos, houve uma greve geral em Jekaterinoslaw no início de agosto de 1903 (Luxemburgo, 1906/2008: 125). A famosa greve em Petersburgo, em janeiro de 1905, exibe uma dinâmica semelhante: dois trabalhadores foram demitidos por serem membros de uma associação legal de trabalhadores oficiais. Cerca de uma semana depois, 200.000 trabalhadores compareceram a uma marcha ao castelo do czar para apresentar uma petição. Um

Massas, Partido e Sindicatos, Rosa Luxemburgo deduz pontos gerais, a partir das experiências, dentre os quais destaca: “(...) a luta econômica apresenta uma continuidade, é o fio que une os diferentes nós políticos; a luta política é uma fecundação periódica que prepara o solo para as lutas econômicas. Causa e efeito sucedem-se, alternam-se incessantemente (...)” (LUXEMBURGO, 2010, p. 286). Postula-se, portanto, a existência de uma relação de complementariedade, no lugar de uma distinção esquemática entre greve econômica e greve política.

Nessa perspectiva, como se desenvolveu, as greves de massa não exibem um “padrão unificado” e não podem ser identificadas antes do desdobramento em luta concreta, pelas suas características cruciais, como adaptabilidade, eficiência, fatores de origem, que *mudam constantemente* (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 310). Esses movimentos têm como efeito perturbar a vida política, afetar o discurso público, provocar respostas de governos ou órgãos estatais e se destacam, centralmente, por seu caráter mobilizador (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 310 e 311).

Rosa Luxemburgo oferece uma interessante narrativa sobre a crise da social-democracia, com imagens nas quais se entrevê o arbítrio camuflado em direito e o despedaçar das ilusões com o futuro apreendido pela conciliação e pelas alianças:

Sobre as ruínas frutificam os negócios. As cidades transformam-se em montões de escombros, as aldeias em cemitérios, regiões inteiras em desertos, populações completas em grupos de mendigos, igrejas em estrebarias. O direito dos povos, os tratados, as alianças, as mais sagradas palavras, a autoridade suprema, tudo é despedaçado (LUXEMBURGO, 1974, p. 08 e 09).

banho de sangue se seguiu, deixando entre 200 e 1.000 trabalhadores mortos. Por sua vez, isso abriu caminho para uma onda de greves em massa que durou até o verão daquele ano, o que levou à introdução do dia de 8 horas em muitos setores da economia russa (12 a 14 horas eram o padrão antes dos eventos) e aumentos salariais de cerca de 15% em todo o país (Luxemburgo, 1906/2008: 127f)” (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 310, *tradução livre*). Trecho traduzido: “She does not confine the concept of ‘mass strike’ to political strikes and highlights that purely economic strikes sometimes very quickly get a political dimension. One of her examples is a stoppage in the railway repair workshops in Kiev in July 1903. The strike movement grew after the police arrested two delegates of the railway workers. The subsequent blockade of the local railway station led to a police massacre with more than 30 dead workers. On the next day, a general strike started in all parts of Kiev. Inspired by these events, there was a general strike in Jekaterinoslaw in early August 1903 (Luxemburg, 1906/2008: 125). The famous strike in Petersburg in January 1905 exhibits a similar dynamic: Two workers were dismissed because of their membership in a legal official workers’ association. About one week later, 200,000 workers attended a march to the castle of the Tsar in order to submit a petition. A bloodbath followed, leaving between 200 and 1,000 workers dead. This in turn paved the way for a wave of mass strikes that lasted until the summer of that year, which led to the introduction of the 8-hour day in many sectors of the Russian economy (12 to 14 hours were the standard before the events) and to wage increases of around 15 per cent all over the country (Luxemburg, 1906/2008: 127f)” (NOWAK; GALLAS, 2014, p. 310).

A mesma “compreensão amarga” da correlação de forças é exposta por Rosa Luxemburgo em *A Revolução Russa*, quando critica a “sabedoria caseira do jardim de infância parlamentar”, à espera da maioria da população para fazer política, no lugar da qual se deve instalar o o partido que saiba dirigir, no sentido de *fazer avançar*, para ganhar *seguidores na tempestade* (LUXEMBURGO, 2015, p. 161). Na sua visão, quando o direito pode ser visto figurativamente como “montões de escombros”, resta a solidariedade ativa e a procura pela sobrevivência. Para quem trabalha, não existe a opção de deixar de se submeter ao capital. Aqui, a importância estratégica de observar o caminho de trabalhadores e trabalhadoras sob a barbárie.

A respeito do tema, dizia Marx, em *Trabalho Assalariado e Capital*: “Mas o operário, cujo único recurso é a venda de sua força de trabalho, não pode abandonar toda a classe dos compradores, isto é, a classe capitalista, sem renunciar à vida. Não pertence a tal ou qual patrão, mas à classe capitalista, e cabe-lhe encontrar quem lhe queira, isto é, tem de achar um comprador nessa classe burguesa” (MARX, s/d, p. 64).

Sob a perspectiva do trabalho, no itinerário dessa pesquisa, não há caminho senão retornar às *donas das vozes* (DUTRA, 2017). Marsha relata que nunca participou do sindicato, pois “o sindicato nunca se mobilizou pra nada”⁶²⁰. Rosalice narra panfletagens espontâneas⁶²¹ e diz que testemunhou a atuação do sindicato como burocratizada:

(...) o sindicato atua de uma forma bem burocratizada, fechada, sempre nas negociações. Última vez que sindicato esteve lá, ele apareceu com uma urna, sem explicar direito a proposta, mas querendo que as pessoas votassem sim ou não para a proposta de negociação com a empresa. Esse ato de levarem a urna de votação, sem muito debate, até os locais de trabalho, por um certo período de tempo, eles chamaram de assembleia. Então não tem uma tradição de envolvimento nessa questão pela própria atuação do sindicato (Rosalice, em entrevista).

Como retomar as questões do trabalho na vida pública, após as ruínas concretas da burocratização de que falava Rosa Luxemburgo?⁶²² Uma alternativa seria levar a sério

⁶²⁰ “Não participei, pois nosso sindicato nunca se mobilizou pra nada. Apesar disso, tive um colega que integrava um coletivo de uma ocupação popular que, na constante falta de assistência da Empresa 3 quanto à distribuição de serviço no local, resolveu se mobilizar na frente do local de trabalho. Ele ficou suspenso por uns 20 dias, sem receber salário, por participar desse ‘piquete’ na porta de entrada da empresa junto com populares” (Marsha, em entrevista).

⁶²¹ “(...) panorama no call center é bem complicado, mas a gente já teve algumas experiências bem pontuais de panfletagem no primeiro de maio, de pessoas qe trabalham no call center e tavam preocupadas em falar sobre reforma trabalhista e reforma da previdência” (Rosalice, em entrevista).

⁶²² Rosa Luxemburgo descreve o processo de burocratização como a supressão da opinião pública: “O único caminho que leva ao renascimento é a própria escola da vida pública, a mais ampla e ilimitada

a prescrição da autora, destacada por Jörn Schütrumpf (2015), no sentido de recuperar a diretriz conforme a qual a ação precede a organização. Como diz Rosa:

(...) O sistema social socialista não deve nem pode ser senão um produto histórico, nascido da própria escola da experiência, na hora da sua realização, nascendo da história viva fazendo-se, (...) é claro que o socialismo, por sua própria *natureza*, não pode ser outorgado nem introduzido por decreto. Ele pressupõe uma série de medidas coercitivas – contra a propriedade etc. Pode-se decretar o negativo, a destruição, mas *não* o positivo, a construção. Terra nova. Mil problemas. Só a experiência [é] capaz de corrigir e de abrir novos caminhos. Só uma vida fervilhante e sem entraves chega a mil formas novas, improvisações, mantém a *força criadora*, corrige ela mesma todos os seus erros. Se a vida pública nos Estados de liberdade limitada é tão medíocre, tão esquemática, tão infecunda, é justamente porque, excluindo a democracia, ela obstrui a fonte viva de toda a riqueza e de todo o progresso intelectual (LUXEMBURGO, 2015, p. 182, grifos da autora).

Reconstruir uma *escola da experiência* exige, em primeiro lugar, que essa experiência seja conhecida. Daí a motivação do aproximar-se, mais uma vez, da batalha de trabalhadoras precárias pela sobrevivência e em outras lutas. Sobre a importância da *experiência*, destaca Thompson: “(...) a classe se delineia segundo o modo como homens e mulheres vivem suas relações de produção e segundo a experiência de suas situações determinadas, no interior do 'conjunto de suas relações sociais'” (THOMPSON, 2012, p. 277).

Trata-se de adotar perspectiva segundo a qual a classe emerge de fenômenos históricos, nos quais pessoas se comportam, repetidamente, de modo classista. Nesse sentido, Thompson compõe um quadro analítico do *fazer-se classe* com três parâmetros: (a) o fenômeno histórico concreto deve prevalecer aos pressupostos teóricos abstratos; (b) constitui-se classe quando há uma certa regularidade de respostas em situações análogas; e (c) é possível observar o nascer de instituições e de uma cultura com traços de classe (THOMPSON, 2012, p. 270).

democracia, *opinião* pública. É justamente o domínio do terror que desmoraliza. Se tudo isso for suprimido, o que resta, na realidade? (...) Sem eleições gerais, sem liberdade ilimitada de imprensa e de reunião, sem livre debate de opiniões, a vida se estiola em qualquer instituição pública, torna-se uma vida aparente, em que a burocracia subsiste como o único elemento vivo. A vida pública adormece progressivamente, algumas dúzias de chefes partidários, de uma energia inesgotável e de um idealismo sem limites, dirigem e governam; entre eles, na realidade, uma dúzia de cabeças eminentes dirige, e a elite do operariado é convocada de tempos em tempos para reuniões, para aplaudir os discursos dos chefes e votar unanimemente as resoluções propostas; portanto, no fundo, é uma clique que governa – de fato, uma ditadura, não a ditadura do proletariado, e sim a ditadura de um punhado de políticos, isto é, uma ditadura no sentido burguês, no sentido da dominação jacobina (...)” (LUXEMBURGO, 2015, p. 184).

Rosalice ressalta que: “(...) é possível perceber que as pessoas encontram algumas formas de subversão e apoio mútuo entre elas, ainda que não sejam experiências organizadas, sejam muito pequenas, talvez mais no nível relacional dos indivíduos, mas elas são importantes pra sobrevivência do trabalhador também”. Em outro momento, descreve as situações de apoio mútuo:

[por exemplo,] cobrir o outro quando ele desloga... Tem a questão do autocuidado, quando você vê que o colega tá passando por um momento de estresse no trabalho, por causa das ligações, por causa de um cliente que atendeu e se sentiu mal. Não aceitar fazer as vendas, não comprar esse discurso... Esse tipo de postura, das pessoas que se apoiam umas nas outras e sentem de alguma forma um senso de solidariedade entre os trabalhadores ou, mesmo que muito pontualmente, se posicionar contra algumas coisas, como por exemplo o caso da venda que eu citei. (...) Ainda que não haja experiência de organização, mobilização coletiva, também não dá pra dizer que trabalhadores tão lá completamente passivos. (...) O desafio, a questão é reconectar essas experiências mais individualizadas a experiências coletivas de mobilização. Que não parece que vai sair do sindicato, parece que vai sair da juventude que tá lá no call center procurando formas mais justas de relação de trabalho (Rosalice, em entrevista).

Além das práticas de apoio mútuo cotidiano, vale a pena observar o fazer-se classe em situações de conflito. De uma precisa frase de Thompson, colhe-se que: “As classes não existem como entidades separadas que olham ao redor, acham um inimigo de classe e partem para a batalha” (THOMPSON, 2012, p. 274). Daí que a classe não se pressupõe, descobre-se; como último e não primeiro degrau da consciência⁶²³.

Assim sendo, não parece inusitada a situação em que 400 trabalhadoras terceirizadas “levam pelo braço” seu dirigente sindical para atos públicos, em frente à Prefeitura de Porto Alegre. Na segunda vez em que tentaram realizar o mesmo ato, o sindicato estava fechado. Será um sindicato muito diferente do sindicato das teleoperadoras? Não estava lá o sindicato, também, quando as trabalhadoras “tacaram fogo” em seus uniformes de trabalho, em frente à Prefeitura.

⁶²³ “Ao contrário, para mim, as pessoas se veem numa sociedade estruturada de um certo modo (por meio de relações de produção fundamentalmente), suportam a exploração (ou buscam manter poder sobre os explorados), identificam os nós dos interesses antagônicos, debatem-se em torno desses mesmos nós e, no curso de tal processo de luta, descobrem a si mesmas como uma classe, vindo, pois, a fazer a descoberta da sua consciência de classe. Classe e consciência de classe são sempre o último e não o primeiro degrau de um processo histórico real. Mas se adotarmos uma concepção estática da categoria de classe, ou se fizermos descender esse nosso conceito de um modelo teórico preliminar de totalidade estrutural, não procederemos assim, pois estaremos subentendendo que a classe está presente desde o início como um resultado de relações de produção, daí derivando a luta de classes” (THOMPSON, 2012, p. 274)

A ausência continuada da entidade sindical, cuja representação foi imposta, não impede que a própria luta e coletividade proporcionem valores educativos para as trabalhadoras⁶²⁴. Em sua entrevista, Tânia narra que um dos quatro grupos de whatsapp de trabalhadoras terceirizadas, o “grupo da firma”, ao longo dos anos se transformou em local de controle permanente sobre entrada de salário, valores de salário-maternidade, terço de férias⁶²⁵.

Com tom de voz emocionado, Tânia narra que aprendeu com as terceirizadas sobre solidariedade em geral⁶²⁶, mas também reconhecimento de gênero⁶²⁷ e ajuda mútua em situações de doença⁶²⁸, com pedido de apoio ativo para os professores⁶²⁹. A contínua ausência de pagamentos e outros tipos de hostilidade contratual levam a uma compreensão que ultrapassa a noção de “categoria”. Várias trabalhadoras terceirizadas saem da empresa, mas seguem apoiando as mobilizações⁶³⁰. Como avalia:

⁶²⁴ “(...) como a ausência de um sindicato e de algo que tenha uma permanência faz com que as lutas sejam pontuais, imediatas, do desespero da sobrevivência... A falta do sindicato atrapalha na formação. Ainda assim, a formação não deixa de acontecer nessas pequenas experiências, na experiência delas que ao mesmo tempo é uma experiência de trabalho. A partir do emprego... Elas não têm formação a partir de espaço formal, fornecido pelo sindicato. Mas elas têm uma formação a partir da experiência de luta constante, permanente e diária delas, da luta cotidiana, que é a questão de compreender os valores aprendidos na luta e o que a coletividade proporciona” (Tânia, em entrevista).

⁶²⁵ “Ao mesmo tempo que elas fazem um controle permanente via whatsapp da entrada de salário, da questão do auxílio-maternidade, da questão do um terço de férias... Elas fazem um controle permanente. Todo início de mês, quinto dia útil, é cento e cinquenta mensagens num dia, né. E é vendo quem recebeu, quem não recebeu, se auto-organizando no sentido de pensar qual é a saída. Bom, [uma diz pra outra:] 'isso tu tem que ir lá, ir na firma'; 'isso tu tem que falar com o encarregado'. Ninguém diz pra elas o que elas têm que ir fazendo. Elas vão descobrindo na experiência quais são as formas de apertar mais a empresa, pra conseguir o que elas têm que conseguir. Sabendo que qualquer coisa pode levar uma demissão” (Tânia, em entrevista).

⁶²⁶ “E ao mesmo tempo o lance que pra mim é o mais... é um valor que elas têm, que é potencializado durante essa construção, é a questão da solidariedade. Ano passado, a gente foi distribuir cestas básicas e elas mesmas fizeram a lista das trabalhadoras que mais precisavam de cestas básicas. Foram 50, de alimento e limpeza. Elas mesmas disseram 'pra mim não precisa; dá pra fulana que precisa mais'” (Tânia, em entrevista).

⁶²⁷ “Desloca desse lance do não pagamento pro lance da saúde, entra a questão de gênero também... Tem muito de os maridos deixarem mulheres, elas recorrerem umas às outras, pela questão de não ter como criar os filhos” (Tânia, em entrevista).

⁶²⁸ “O lance da saúde é muito forte. Várias ficam doentes com muita facilidade. Umas doenças bem foda, assim... O quanto elas se procuram umas às outras e o quanto me procuram, pra dizer 'Sora, como é que a gente pode fazer? O que podemos fazer pra ajudar?'” (Tânia, em entrevista).

⁶²⁹ Em mensagem de whatsapp que se teve acesso, com autorização da remetente, lê-se: “E que nos temos uma colega a Sandra q sofreu um AVC e um infarto e foi encaminhada para o INSS e está passando por dificuldade e gostaria de ver se tem como a senhora ver com os outros professores se tem como cada um trazer um kilo de alimento para nós montar uma cesta básica para ela nós da cozinha e da limpeza estamos juntando para ela se der para a senhora ver com eles eu lê agradeço” (Arquivo de pesquisa, mensagens de whatsapp).

⁶³⁰ “Várias trabalhadoras, a experiência da luta é tão forte, que elas não estão mais na empresa, mas elas se solidarizam e vão no ato das gurias. Elas escrevem pras colegas, escrevem pra mim: 'Profe, as gurias tão sem receber mesmo? Temo que ajudar, temo que lutar junto'. E isso é muito presente... Das trabalhadoras que não tão mais na firma, na empresa, mas mesmo assim seguem acompanhando e fazendo a luta junto por entender as necessidades daquelas mulheres e tem muito um corte de gênero aí” (Tânia, em entrevista).

(...) de compreender que é sujeito da história, que pode fazer alguma coisa, que pode lutar e que pode sair do lugar de... oprimida e de vítima, não querendo dizer que isso é fácil, mas se compreender enquanto sujeito ativo, sabe? Isso coloca em outro patamar a discussão de política da escola. É muito massa elas olhando depois, para a escola, depois dos processos de luta, e se colocando para debater os problemas da escola. Enquanto algo que passa a fazer mais sentido pra elas. Muitas trabalhadoras também começam a participar, por exemplo, do conselho escolar. Depois de entender que, bah, a vida política da escola ela é importante, a vida política da sociedade é importante. Por vezes começa lá no pequenininho, mas como isso extrapola pra política cotidiana da escola e da comunidade... Desde compreender e desnaturalizar por que elas cuidam do recreio e não tem funcionário, que a prefeitura deveria mandar... Até fazer a luta da falta d'água do meu bairro. Elas se sentem capazes de contribuir, de organizar, de puxar e enfim... Elas veem que podem contribuir de alguma forma (Tânia, em entrevista).

As trabalhadoras terceirizadas monitoram o recebimento de salário e outros direitos, pelos grupos de whatsapp. Algumas delas, ao verificarem que correm riscos de não receber, procuram Tânia, professora com quem estabeleceram relação de confiança privilegiada ao longo dos anos⁶³¹. Tânia relata que aciona sindicatos parceiros, mas estimula que as terceirizadas se auto-organizem, pois o sindicato não é da categoria delas, não as conhece e não saberá para quem entregar as cestas básicas⁶³².

Com a ajuda de um município gari e um município jardineiro, todos em um “fusquinha”, foram entregues dezenas de cestas básicas em diferentes bairros, durante o feriado de carnaval de 2018, para ajudar trabalhadoras que, sem salário, não possuíam condições de se alimentar e alimentar suas famílias⁶³³.

⁶³¹ Em uma das mensagens às quais se teve acesso durante a fase de investigação, para análise das conversas trocadas em whatsapp entre terceirizadas e Tânia, Iracema [nome fictício] diz: “Eu que estou aprendendo muito com vc que nos mostrou que nós unidos ã importa a classe trabalhadora mas juntas venceremos obrigada nunca vou cançar de te agradecer enquanto nossas direções viram as costas pra nós voce nos apoia isso ã têm preço obrigada obrigada obrigada Deus te abençoe sempre teus caminhos seu coração é iluminado (...)” (Arquivo de pesquisa, mensagens de whatsapp).

⁶³² “Aconteceu que no ano passado, com a luta delas, elas receberam, mas elas ficaram mais de um mês sem receber nada... Saíram de férias, não receberam terço de férias, outras não receberam nem salário. Elas perguntaram: 'no que a gente pode se ajudar?', 'Vamos pedir coisas na escola?', 'Vamos pedir pros profes?'. Então teve profes que ajudaram com alimentos e teve um sindicato aqui em Porto Alegre, da previdência, que têm nos auxiliado, por ter camaradas próximos da gente, que fazem parte do mesmo coletivo. Então esse sindicato se solidarizou com as trabalhadoras e doou cinquenta cestas básicas, só que eles queriam saber como seria organizado pra entregar, o sindicato não tinha como entregar” (Tânia, em entrevista).

⁶³³ “Nós, então, com as trabalhadoras e com um município, jardineiro, o Olívio [nome fictício], compreendendo a necessidade dessas trabalhadoras, a gente conseguiu carro pra fazer essa entrega. O Olívio tem um fusquinha que tem um reboque, então entregamos essas cestas com o fusquinha do Olívio. O Fernando [nome fictício], que é gari, também é do nosso coletivo, pegou o carro dele, a gente botou gasolina, conseguimos cinquenta reais e foi isso o carnaval passado inteiro. Eu, o Jeremias [nome fictício], com disposição das gurias também. Teve lá pro Morro da Cruz, as gurias ajudaram a organizar a

As trabalhadoras terceirizadas decidiram quais, entre elas, “precisariam mais”. Sua auto-organização foi uma “escola da experiência”, no sentido de se comunicarem para além do local de trabalho e buscarem constituir uma rede, a partir de uma comissão de cinco trabalhadoras terceirizadas, que levantou os nomes e conversou com as demais colegas pelos grupos de whatsapp “da firma”⁶³⁴. Tânia relata cenas de tristeza e generosidade da auto-organização das trabalhadoras no grupo de whatsapp:

Daí mais mulheres foram se jogando, com muita humildade, [dizendo] 'bah, eu tô precisando, [mas] se outra que precisar mais...'. Muitas [falaram isso], muito triste, várias... Elas tiravam foto da geladeira e colocavam no grupo pra mostrar que não tinham nada em casa. Foto dos armários... Muito triste. [Uma terceirizada disse:] 'Gurias, se tiver trabalhadoras que precisem mais, mas só pra dizer que minha geladeira realmente tá vazia e eu não tenho nada em casa, só to com água, e meus filhos...'. Então algo muito triste e ao mesmo tempo uma generosidade muito grande, das trabalhadoras, por tá pensando e organizando a listagem. A gente organizando por região, pra onde ir, como fazer... Foi um processo de muito aprendizado (Tânia, em entrevista).

As escolas da experiência, no sentido luxemburguista, são o meio para a criação das condições de luta cotidiana, rompendo a cisão entre “greve geral” e “luta cotidiana” então colocada pelos anarquistas (BOGO, 2010, p. 235). Na instigante imagem da revolucionária alemã, trata-se de não conceber o movimento grevista como se fosse uma “navalha”, uma arma “puramente teórica” à disposição dos líderes do movimento, que a deflagrariam. Isso porque a greve não poderia facilmente ser “decidida” ou “proibida”,

distribuição. Então teve... Foi uns cinco dias de distribuição de cesta básica, manhã e tarde. A gente sentou um dia com elas pra ver quem precisava mais e o resto a gente foi organizando por whatsapp. Teve uma equipe que foi pro Morro da Cruz (...) Foram na casa da Joana [nome fictício], que é uma trabalhadora terceirizada, e de lá foram distribuindo as cestas. Daí eu fomos eu, o Jeremias e o Fernando outro dia. foi eu e o Olívio outro dia lá pra Restinga. Daí a gente separava por zona. 'Tantas cestas pra Restinga'; 'tantas cestas pro Rubem Berta'; 'tantas cestas pro Morro da Cruz'. Por dia, tudo bem organizado, a gente ia distribuindo as cestas. E o retorno das trabalhadoras muito gratificante. Percebendo e entendendo que não era a professora ajudando a organizar, mas a organização delas mesmas e o quanto a gente destacava isso na entrega. Foi a auto-organização das trabalhadoras que produziu essa entrega organizada, com esses camaradas que tinham esses carros. Muito de deixar na casa de uma nos bairros e elas irem buscar. Foram cinco dias do carnaval com força do coletivo, força do sindicato, que não é delas, força das trabalhadoras, protagonismo delas, e força de municípios, a maior parte que não são professores, pra tar garantindo essa distribuição dessas cestas básicas" (Tânia, em entrevista).

⁶³⁴ “Quando a gente conseguiu as cestas básicas, elas perguntaram 'como a gente vai fazer?', eu disse: 'vamos organizar as que mais necessitam,urias, acho é por aí, que acham?' Elas disseram 'bah, é isso, vamos organizar as que mais necessitam'. Quem organizou? Foi a Alice, a Conceição, a Fátima, a Francisca e a Aparecida, as cinco trabalhadoras terceirizadas. Existe o grupo daquele ano da comissão das trabalhadoras, daí desse grupo da comissão das trabalhadoras, essas foram as que mais ajudaram. Essas cinco trabalhadoras se dispuseram a levantar os nomes, depois a gente jogou no grupo maior: 'urias, se vocês souberem de quem mais precisa...'. Então teve o grupo dessas mulheres, depois foi pra um grupo menor, que era o da comissão daquele ano. E por terceiro nós perguntamos no grupo amplo, o da empresa, que tem em torno de duzentas e tantas trabalhadoras, dizendo, explicando que a gente tava vendo quem tava precisando mais” (Tânia, em entrevista).

de acordo com o que “se julgue útil”, “(...) qual navalha que se pode ter fechada no bolso para qualquer eventualidade ou, ao contrário, aberta e pronta a servir, quando se decidir” (LUXEMBURGO, 2010, p. 247).

O processo de constituição como classe carrega também, neste caso, o reconhecimento das terceirizadas como mulheres trabalhadoras. Isso se gesta em episódios de solidariedade, nos quais as mulheres sabem que contam umas com as outras, pois “o ex-marido não tava se importando”:

É um outro ponto que preciso destacar, porque não foi uma ou duas, foram inúmeras vezes que aconteceu... O lance da doença. Nós tivemos na escola este ano uma trabalhadora que teve um AVC. Parte do corpo ficou paralisado, tudo mais, e ela não poderia trabalhar mais. Toda uma solidariedade das trabalhadoras, não só da minha escola como das outras escolas, pra cuidar dela e não só dela, como das crianças, das filhas dela. Compreendendo que ela era uma mulher que o ex-marido tava pouco se importando. As gurias falavam: 'ah, ele é um baita dum troxa'; [outra dizia:] 'ele diz que se ela quer ficar com a casa ela, ele não vai pagar a pensão'; [outra dizia:] 'e ela tem medo de pedir pensão e ele tirar a casa dela'; [outra dizia:] 'então não vamo contar com esse troxa, vamo nós nos organizar pra dar conta da doença da Lúcia'. E daí então, nós vimos cesta básica, as questões das crianças pra ajudar a fazer a matrícula na escola, as gurias se revezaram pra ficar no hospital com ela. E teve, agora no final do ano, o lance da maca. Conseguiram uma maca, porque o estado de saúde dela piorou. Então, mesmo ela não sendo mais funcionária da empresa, as gurias... Toda uma questão de solidariedade em torno do que aconteceu e do significado de ser mulher, ter filhos, cuidar sozinha, tudo que já enfrentou na vida (Tânia, em entrevista).

Aprender a ajudar é um ensinamento cotidiano, na luta pela sobrevivência e no reconhecimento do peso sexista que outras colegas carregam em casa, com maridos e filhos. As trabalhadoras sabem que a violência de gênero é uma barreira que se combina ao desemprego e às hostilidades contratuais sofridas. Por isso, organizam o apoio mútuo, com desenvolvimento de solidariedade ativa e redes de proteção.

Mas as trabalhadoras não organizaram apenas lutas econômicas⁶³⁵. Ao longo dos anos, as terceirizadas também se envolveram em outras lutas políticas, que poderiam ser consideradas diretamente lutas por direitos sociais. Uma delas foi sobre a falta de água na comunidade e na escola e não chegou a se transformar em atos públicos. Tânia

⁶³⁵ Para um debate sobre a tipologia da greve, em classificações como greve política, econômica, corporativa etc., veja-se Nowak e Gallas (2014).

relata que as trabalhadoras terceirizadas organizaram mobilização e articulação pela luta por água no bairro, tomando a frente do movimento, como protagonistas⁶³⁶.

A segunda luta foram mobilizações públicas contra uma medida da Prefeitura. O Prefeito de Porto Alegre alterou, em 2017, a rotina escolar das crianças: diminuiu o tempo de alimentação, alterou o horário das aulas e extinguiu a reunião pedagógica entre professoras nas escolas⁶³⁷. A comunidade escolar, ao organizar fechamento das escolas como ato de resistência, contou com o apoio das trabalhadoras terceirizadas, que compareceram às atividades na condição de mães de estudantes⁶³⁸.

As trabalhadoras terceirizadas, portanto, não lutavam pelos seus salários, mas por condições de educação para professoras e estudantes. Nesses acontecimentos, “devolveram” com ação coletiva a solidariedade antes recebida de professoras, que não poderiam tomar a frente do movimento, por conta do assédio crescente nas escolas:

Entretanto, como o assédio tava muito grande, a gente viu que não teria como os professores fecharem a escola. O que aconteceu: mães, juntamente com as trabalhadoras terceirizadas que também são mães, foram muito cedo pra escola e fecharam a escola. Até porque tinha professores que não queriam fechar a escola, queriam trabalhar. Então elas fizeram uma luta em defesa da reunião pedagógica, em defesa do horário de alimentação das crianças e da antiga rotina, por entender que as crianças ficavam mais tempo na escola, tinham mais qualidade, juntamente com a reunião pedagógica. Compreendendo que elas que tinham que estar à frente da escola por elas serem as mães dessa escola; por elas serem as mulheres que não seriam punidas se identificadas como mães. Então elas utilizaram esse lance de ser família também. Óbvio que teve um acordo com as profes, também, pra não serem identificadas como funcionárias, trabalhadoras terceirizadas (Tânia, em entrevista).

A escola amanheceu fechada por mães de alunos duas vezes. Nesses dias, as trabalhadoras organizaram churrascos na frente das escolas, com caixa de som, para propor uma agenda de mobilização durante o dia:

⁶³⁶ “Teve o lance da falta d'água, que elas levaram a pauta do 'Acorda, Restinga'. É uma reunião que acontece na Restinga, bairro de Porto Alegre, onde são levados principais elementos de ataque à comunidade. Daí as gurias... A gente tava em aula, faltava água na escola e na comunidade como um todo. Não chegou a se transformar numa ação mais efetiva, direta, mas teve toda uma pauta de mobilização em torno da água. Elas se colocaram à frente para levar a demanda, como sujeito ativo de organização” (Tânia, em entrevista).

⁶³⁷ “(...) em 2017 o PSDB aqui na Prefeitura de Poa, o Marchezan, e ele altera a rotina escolar das crianças. Diminui o tempo de alimentação, muda o horário e acaba com reunião pedagógica. Isso fez que as crianças ficassem das 8h ao meio dia e não mais das 7h30 ao meio-dia, e tirando a reunião pedagógica de quinta-feira dos professores” (Tânia, em entrevista).

⁶³⁸ “Nisso, nós nos organizamos enquanto comunidade escolar, chamamos uma assembleia da comunidade escolar. E na assembleia da comunidade escolar, que é estudantes, familiares, professores, professoras, funcionários, nós deliberamos por fechar a escola” (Tânia, em entrevista).

Nisso, de fechar a escola, isso aconteceu duas vezes. Nas duas vezes, se colocou uma caixa de som na frente da escola. Elas que colocaram a caixa de som. Se fez um churrasco na frente da escola. As gurias também que fizeram esse churrasco; as trabalhadoras terceirizadas. Não só parar a escola, mas pensar a dinâmica do dia de mobilização. Acho que é uma experiência de pensar a organização em torno do trabalho, da luta pelos direitos do trabalho, faz também pensar a organização em torno dos direitos mais básicos, como a educação e como manter um dia de mobilização em torno da pauta da escola (Tânia, em entrevista).

Tânia, Iracema, Marsha, Rosalice e Alba são exemplos de mulheres trabalhadoras, terceirizadas ou teleoperadoras, com quem esta tese dialogou, em diferentes níveis e momentos. Todas elas descreveram que a liberdade contratual se expande e avança sobre seu tempo de vida, seus corpos e sua expectativa de futuro. Observaram-se compreensões sobre a explicitação da violência e o planejamento coletivo de rebeldias, em ações de apoio mútuo e em lutas por educação, água, salário e identidade de gênero.

É preciso fazer memória e registrar a lição da experiência. Como se descreveu por último, as trabalhadoras terceirizadas monitoram, por autogestão, o pagamento de salários e outros direitos sociais, manifestam-se continuamente quando há ameaça de fim de contrato e “sumiço” de empresa, realizam reivindicações públicas na Secretaria da Educação de forma rotativa e com comissões de negociação provisórias, por ausência de horários comuns, e demonstram que as lutas econômicas podem se transformar em lutas políticas, nos diferentes episódios que relataram ter ocorrido entre os anos de 2014 e 2019.

Conversar com trabalhadoras terceirizadas e acompanhar suas lutas fornece um olhar diferenciado para a crise do contrato de trabalho. As conversas no saguão com o Sr. Térreo, as reuniões coletivas e as entrevistas individuais foram tomadas de uma tensão, da crise, que contamina o objeto do contrato: as trabalhadoras não sabiam se receberiam salário, se teriam férias, se teriam emprego ao final de 2019. Oficialmente, ninguém sabia: Prefeitura, empresa, sindicatos... O dinheiro existia, mas não podia ser entregue. A luta era a única saída.

Uma trabalhadora terceirizada disse para o Sr. Térreo, funcionário da Prefeitura, na saída de um dos atos públicos: “(...) se não resolver isso, volto aqui e te dou uma rasteira!”. Todos riram, o contrato foi mantido e, provisoriamente, “tudo se resolveu”. No entanto, a crise se acumula, as trabalhadoras sabem e monitoram, as

rebeldias não tardam a oferecer sua astúcia criativa. No retorno, se não se resolverem os problemas, o Sr. Térreo talvez leve uma rasteira, quem sabe...

O fato é que as trabalhadoras terceirizadas têm consciência de que a crise do contrato de trabalho é a instabilidade permanente dos seus direitos, *hostilizados* pela empresa e pela Prefeitura *contratualmente*. Embora verbas como décimo terceiro e terço de férias não tenham sido oficialmente retiradas, as trabalhadoras conhecem a dinâmica contratual e sabem que a garantia desses direitos é frágil, uma “miragem de estabilidade”. Tem-se uma imagem falsa ou sobre a qual se nutre desconfiança, pois capaz de sumir a qualquer momento.

Mesmo nos momentos mais ambíguos dessa miragem da estabilidade dos direitos, é crescente a liberdade contratual empregatícia, aparentemente sem limites. Não por acaso, durante todas as mobilizações de terceirizadas, ao final de 2019, ninguém sabia se o contrato “estava ou não valendo”, mas a ordem sempre foi para “seguir trabalhando normalmente” nas escolas. Não houve nenhuma comunicação de rescisão, no entanto era constante a ameaça do término repentino e sem direitos.

A crise que envolve o contrato das terceirizadas, como se vê, não é uma instabilidade justificável para o mundo jurídico. Nenhum jurista sério diria que o contrato de trabalho deixou de estar vigente durante o período, pois não teria como explicar como se manteve o exercício legítimo do poder empregatício.

O que se revela transparente é um uso contínuo de hostilidades contratuais, para apagar ou erodir todas as normas públicas de *legalidade* infundidas no contrato, exceto, é claro, o poder que o contrato fornece ao capital. Esta intenção não pode ser descrita como fraude, simplesmente, pois a situação é considerada “normal” e a agressividade é juridicamente lícita. Tanto foi assim que o Inquérito Civil, no Ministério Público do Trabalho, foi arquivado.

As terceirizadas enfrentam essa agressividade contratual e se posicionam como protagonistas de organização coletiva, solidariedade e atos públicos em defesa de direitos que lhes são saqueados. Por um lado, a propriedade avança ainda mais sobre o corpo e o tempo de trabalhadoras, colocando em perigo os cânones do trabalho livre. Por outro lado, são fortes as rebeldias criativas de suas ações, seja quando carregam sindicalista “pelo braço” em marcha, seja quando colocam fogo nos uniformes em frente à Prefeitura, seja ainda quando fazem churrasco em ato público, com caixa de som e programação para turnos inteiros. Na escola da experiência da crise do contrato, delineiam-se traços de uma nova morfologia das lutas sociais e do Direito do Trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta tese se propôs a analisar a crise do contrato laboral, a insuficiência do quadro analítico da teoria moderna do contrato de trabalho para compreensão dos processos políticos e sociais contemporâneos e a configuração de ilegalidades expandidas, em um desenho discriminatório do Direito do Trabalho. Demonstrou-se que crescem modalidades e cláusulas híbridas, em um arranjo constitucional que permite que a liberdade contratual avance sobre os direitos da personalidade de trabalhadores e trabalhadoras, para obtenção de maiores ganhos para o capital.

Os olhares de Florestan Fernandes sobre a democracia de cooptação no capitalismo pobre vaticinam desesperança quanto à possibilidade de que o compromisso institucional e negocial, *dentro da ordem*, possa conduzir vitórias concretas. A impossibilidade de ganhos defensivos para quem vive do trabalho, sob a crise crônica estrutural (MÉSZÁROS, 2011a), acentua a radicalidade da crise do contrato laboral, cujas antinomias passam a explicitar dimensões concretas de uma ilegalidade destrutiva. Após as alterações legislativas e jurisprudenciais regressivas de direitos, as relações contratuais de trabalho podem ser identificadas com aspectos da noção de hostilidade social, no sentido desenvolvido por Maria Sylvia de Carvalho Franco (1997).

As contratualidades híbridas e as ilegalidades expandidas consolidam um novo desenho institucional do Direito do Trabalho. Não há mais um, mas vários contratos de trabalho. Esses contratos se diversificam também internamente, como se percebe em cláusulas como a de teletrabalho e o registro de jornada por exceção. A hibridização das cláusulas contratuais corresponde a uma personalidade sitiada, decorrente de hostilidades contratuais, na qual a análise concreta indicou um estado de “inquietação social dos de baixo”, para retomar uma expressão de Ruy Braga (2017).

Deriva daí uma segunda consideração, não perseguida como investigação principal da tese, mas observada durante o curso da análise. As hostilidades contratuais geram um ambiente de insegurança social, no qual a precariedade da vida e a insegurança do futuro se misturam a um tipo de contratualidade que concretiza, no nível das relações intersubjetivas, as ilegalidades institucionalizadas no âmbito estatal. Trata-se de uma instabilidade permanente, provocada pela erosão de horizontes de expectativas no contrato de trabalho.

Delineiam-se contornos de inquietação e rebeldia na subjetividade do precariado (BRAGA, 2017), para abordar criticamente as transformações na morfologia

da *classe-que-vive-do-trabalho*, em heterogeneização e diversificação (ANTUNES, 2009).

O contrato de trabalho típico, de jornada integral e prazo indeterminado, encontra-se em crescente crise, globalmente. No Brasil, a CRFB/1988 manteve e constitucionalizou os limites à autonomia da vontade impostos pelo regime jurídico de emprego, estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho. A CLT regulamentava apenas um regime jurídico, o de emprego. A expansão das possibilidades jurídicas de ação livre e legítima do capital, no entanto, não foi vedada pelo texto constitucional. Assim sendo, o contrato empregatício típico, já flexibilizado, foi hibridizado pelas políticas de espoliação, como aquelas que regulamentaram, ainda na década de 1990, a licitude do assim denominado contrato de trabalho de jornada parcial.

Crescentemente, a teoria clássica do contrato de emprego, que tentou enquadrar a exceção, foi pressionada pelo trabalho informal no Brasil e pela própria forma como o moderno recuperava e reforçava elementos do arcaico, como destacou Francisco de Oliveira (2013). Nesse sentido, a proteção do trabalho, nos três aspectos destacados por Maria Ballestrero (2010), foi crescentemente desafiada e, no âmbito da crítica jurídica da autonomia contratual, deve-se dar destaque à ambivalência da convivência entre um regime de proteção dos direitos da personalidade e um regime de contratação de bens jurídicos, inclusive de atributos da pessoa que trabalha (CORRÊA; GEDIEL, 2018; SUPIOT, 2016; COUTINHO; ARAÚJO, 2016; COUTINHO, 2016).

Com a crise das tipologias juslaborais, o sistema negociado, no caso norteamericano, aproxima-se de um enquadramento fragmentado das relações de trabalho. Por meio dele, é possível que trabalhadores e trabalhadoras realizem exatamente as mesmas atividades, para o mesmo empregador, pelo mesmo período de tempo, mas sejam enquadrados em regimes jurídicos distintos (KESSELMAN, 2010). No sistema legislado, como examinou Esther Torres (2010) sobre o caso espanhol, a autonomia negocial cresce e também a perspectiva da negociação coletiva.

O sistema brasileiro combina a crise dos dois sistemas e adota características afins ao enquadramento fragmentado e à negociação coletiva. Renova-se o corporativismo sindical e amplia-se a discriminação indireta no desenho institucional do direito ao descanso e do direito à privacidade. Entreveem-se, nesse jogo de luz e sombras, limites da democracia de cooptação, sob sua edição liberal (MALTA; LEÓN, 2017; MALTA; LEÓN, 2020).

O exame das ilegalidades constitucionais do trabalho permitiu observar o contraste entre a situação em que enunciados judiciais e dispositivos legais infundiam normas de ordem pública, protetivas, no contrato de trabalho, e sua saída de cena. Observou-se que a nova legalidade, oriunda do legislativo ou da decisão judicial, configurou uma classificação híbrida das normas do contrato, porque regressiva, no sentido espoliativo, de saque ou pilhagem (HARVEY, 2004; MÉSZÁROS, 2011a; MÉSZÁROS, 2015; MATTEI; MADER, 2013).

O Estado de Direito é crescentemente ilegal. Esta afirmação não é contraditória com a observação de que as fronteiras entre legal e ilegal se embaralham e hibridizam no contrato laboral (CARLEIAL; AZAÏS, 2007). No entanto, é preciso observar a disputa que se estabelece em torno da propriedade do corpo ou do regime proprietário sobre o corpo (RODOTÁ, 2018). O capital avança sobre os limites dos direitos da personalidade, ou melhor, cria bens jurídicos e os *negocia*. Tornadas lícitas as ilegalidades do trabalho, sob a expressão liberdade contratual, o Estado passa a atuar mais diretamente na legitimação da “nova normalidade híbrida” do capitalismo (MÉSZÁROS, 2011a).

Negociações individuais sobre cláusulas contratuais, como a jornada “12x36” e o banco de horas individual, têm dimensões explicitadas se entendidas como *hostilidades contratuais*. O Estado autoriza que o capital exerça sua liberdade contratual, *hostil*, e realize acordos de vontades com o trabalhador ou a trabalhadora. Nesses acordos, a trabalhadora, por exemplo, abdica de horas extraordinárias, passando a compensar prorrogações de jornada, sem receber nenhum tipo de verba salarial ou mesmo indenização pelo sobretrabalho.

Igualmente um trabalhador ou trabalhadora que tenha sido aprisionado por cometimento de crime comum e cumprido sua pena, ao buscar um emprego, não abdica dos direitos de personalidade “pré-contratuais” (BALLESTRERO, 2010; COUTINHO; ARAÚJO, 2016). No Brasil, para uma série de atividades, como se examinou na tese, o poder da legalidade do Estado tornou lícito aos empregadores investigar os antecedentes criminais de candidatos a emprego (BRASIL, 2017a). O impacto discriminatório sobre a população negra, maior parte da população carcerária do país, é evidente.

Ao realizar um acordo individual sobre cláusulas como o banco de horas, é razoável indicar que um trabalhador ou trabalhadora expressará vontade, mas não liberdade. Manifesta vontade, portanto, *sob hostilidade*. O poder empregatício têm legitimadas maneiras jurídicas de impor contratualidades espoliativas, pelas quais

invisibiliza a violência, exercida como liberdade contratual. Como se tem construído na jurisprudência norte-americana, a autonomia contratual é exercida, inclusive, com impactos sexistas, em tempos nos quais tem grande peso a ideologia de cidadania sacrificial (BROWN, 2018; BROWN, 2019).

Ao aproximar ainda mais o exercício do poder empregatício aos corpos de trabalhadores, *reificando-os* (LUKÁCS, 2003; WOLFF, 2009), o capital busca ampliar a taxa de exploração e legitimar juridicamente a espoliação de direitos fundamentais da pessoa que trabalha. Quando avança sobre corpos discriminados, ademais, intensificam-se mecanismos de dominação, sofrimento e, talvez, até mesmo lucro com o sofrimento (DEJOURS, 2015). Nessas situações, é particularmente grave a dificuldade de prova jurídica crescente no tema do assédio moral, que geralmente é sorrateiro, silencioso, feito “na surdina” (BRASIL, 2018a; HELOANI; BARRETO, 2018).

Souto Maior (2014) identifica que os fundamentos utilizados pelo Ministro Barroso, em decisões como a que diminuiu significativamente o prazo prescricional do FGTS (BRASIL, 2014b), indicam uma racionalidade prejudicial e perigosa para o campo do trabalho. Assim, buscou-se examinar criticamente a tendência à “americanização” do Direito, como proposta por Barroso (2008) em sua produção acadêmica. Para realizar esta análise, recorreu-se a aporte bibliográfico específico, em especial o fornecido por Bercovici (2013a), Cass Sunstein (1987) e Wendy Brown (2018; 2019), sobre a liberdade contratual na jurisprudência estadunidense.

Foi possível demonstrar como o Estado Neoliberal, com as migrações doutrinárias da crise, apresenta novos desafios ao Direito do Trabalho.

A nota de Bercovici (2013a) sobre a jurisdição constitucional norte-americana é instigante. O autor sugere que há uma transição da soberania para a negociação balanceada, sob a gramática dos contrapesos. Nesse sentido, a liberdade contratual é uma flexibilização, pelo compromisso, em que o Estado se torna pragmático, esvaziado de valores de justiça social. Concluiu-se daí que o Estado passa a ter contratos como prioridade. Talvez, aqueles contratos mantidos com os credores, no sentido de Streeck (2018), que tomam o lugar da decisão política. A soberania decide; os contrapesos exigem negociação, visando a um resultado (BERCOVICI, 2013, p. 112).

Ao contrário do que sugere a lógica negocial, a empresa ordena, policia, processa e julga, concentrando características e poderes típicos do Estado, como destacou João Bernardo (2009). Não se cuida de pouco poder. Chega a ser constrangedor que seja comparado a um “acordo de vontades”, do qual pode surgir a “maioridade

cívica” do trabalhador, como se extraiu de relevante precedente do STF (BRASIL, 2015a).

Decisões judiciais expandiram ilegalidades na terceirização da atividade-fim (BRASIL, 2017b), na prevalência da contratação coletiva sobre a infusão de normas de ordem pública no contrato de trabalho (BRASIL, 2015a) e na possibilidade de organizações privadas, denominadas Organizações Sociais, prestarem serviço público (BRASIL, 2015d).

A observação da expansão das ilegalidades do trabalho pelo STF forneceu destaque a uma argumentação baseada em uma concepção de legalidade. Esta concepção esvazia do contrato os valores solidaristas, típicos da influência social-democrata no Direito. Por isso, revisitaram-se as propostas da social-democracia para a autonomia coletiva, na experiência alemã, e aspectos referentes à invenção e à reinvenção do corporativismo sindical. A crise se expande e, com ela, as ilegalidades do trabalho.

Ainda pior, muitas vezes os corpos dos quais se aproximam as contratualidades espoliativas fazem parte do domínio jurídico de pessoas que constituem relações sexistas, homotransfóbicas e racistas, o que revela um campo de análise particularmente relevante, em que se destacam pontos nodais da consubstancialidade, como as imbricações entre relações de classe, raça, gênero e sexualidade (KERGOAT, 2010; CRENSHAW, 2002; BORRILLO; FORMOND, 2007; SUPIOT, 2016; ARRUZZA, 2011), observáveis em contratos de trabalho.

Em precedentes como o Caso BESC (RE 590.415), expressões típicas do quadro analítico da teoria moderna do contrato fermentam constitucionalmente as contrarreformas legais posteriores, como os princípios constitucionais da lealdade na negociação coletiva, da autonomia coletiva, da boa-fé e da transparência nos contratos coletivos (BRASIL, 2015a; BRASIL, 2016b). A ADPF 323 também densifica a força normativa do princípio da autonomia coletiva e permite a retirada de direitos previstos em contratos coletivos a partir de determinado lapso temporal, ao atacar a vigência da Súmula 277 do TST, que estabelecia a ultratividade das normas coletivas (BRASIL, 2016c).

No plano jurídico operacional, ponderou-se que, se não houver uma alteração do entendimento jurisprudencial, que se esforce pela instituição de mecanismos de distribuição dinâmica do ônus da prova em denúncias de assédio moral, pode-se estar presenciando uma transição rumo à legalização do assédio moral.

Ao final, não é demais repetir que tudo é crescentemente crise, tudo é potencialmente contratável. Observa-se um compasso de negociação e conciliação, espoliativos, sendo impostos à relação de trabalho. A liberdade contratual para dispor do corpo e da criação, inclusive sem manifestação de vontade que aliene o atributo da personalidade entendido como bem jurídico, foi abordada pela categoria teórica hostilidade contratual. Um saque, em outras palavras, crescentemente *legalizado*.

A expansão das ilegalidades em precedentes do STF, que fortaleceram a via da liberdade contratual coletiva (BRASIL, 2015a; BRASIL, 2016b; BRASIL, 2016c), fez com que seu quadro analítico fosse revisitado, por meio de aportes bibliográficos.

Uma vez analisadas as origens do conceito de “autonomia coletiva”, percebe-se que a expressão cunhada por Sinzheimer, no âmbito da social-democracia alemã (LE FRIANT, 2013; VITA, 2018), não tem componentes de similaridade com os precedentes do STF. Os dilemas atuais do Direito Sindical, notadamente no que concerne às erupções públicas e greves contemporâneas, são inapreensíveis pelo quadro analítico das liberdades contratuais. Fez-se necessário, então, tatear pelas bordas as ilegalidades do trabalho que se expandem no contrato laboral, como alternativa de interpretação dos hibridismos contratuais.

Examinou-se que a unicidade sindical, um dos temas mais consensuais da classe dominante no Congresso Constituinte, não se enfraqueceu com as alterações recentes da regulação pública do trabalho. Ao mesmo tempo, expande-se a liberdade contratual de negociação coletiva, pelo princípio constitucional da autonomia coletiva (BRASIL, 2015a).

Convocados pelo Estado para cumprir práticas espoliativas e enfraquecidos pelo Estado no sistema de custeio sindical (CLT, art. 611-A; CLT, art. 545 e 578), as entidades sindicais assumem a posição institucional de representantes de trabalhadores e trabalhadoras, que, quando exercem suas liberdades legais, são potenciais criadores de hostilidades contratuais. Por meio do contrato coletivo, podem permitir ao contrato individual agressividades juridicamente lícitas do poder empregatício.

Analisaram-se elementos do processo de esgotamento do compromisso social-democrata nos sindicatos, contestado pelas lutas sociais na década de 1970 (ANTUNES, 2009; BRAGA, 2012) e, no período recente, novamente insuficiente para responder a fenômenos como as greves de massas na Europa (NOWAK; GALLAS, 2014) ou as Jornadas de Junho no Brasil (ANTUNES, 2018; BRAGA, 2017). Ainda que a principal marca das erupções públicas globais seja sua heterogeneidade (CAROTHERS;

YOUNGS, 2015), a observação de sua magnitude e a atenção às suas características podem indicar caminhos para observar as relações entre lutas cotidianas e processo de consciência política ou reconhecimento de classe.

O conjunto das informações empíricas analisadas, colhidas em dezenas de decisões jurídicas, dispositivos legais, entrevistas e experiência de pesquisa-ação, confirma a existência de contratualidades em que uma agressividade juridicamente lícita se configura como traço marcante da relação de trabalho. Esta hostilidade parece atingir proporções de elevada sistematização com a contrarreforma trabalhista. Apresentam-se, assim, sinais abundantes de uma nova regulação jurídica do trabalho.

Este crescimento seletivo do Direito Laboral tem impacto diferenciado sobre setores discriminados da classe trabalhadora e, por isso, abordaram-se violências homotransfóbicas, racistas e sexistas. Como as hostilidades se camuflam no contrato, sua invisibilidade é reiterada no processo judicial e revelada pela técnica da entrevista, junto às trabalhadoras.

No caso das trabalhadoras do teleatendimento, observam-se resistências em nível de uma solidariedade espontânea, entre colegas de trabalho, como no apoio mútuo para o descumprimento de *hostilidades* do cotidiano. No caso das trabalhadoras terceirizadas, presente também a mediação de outras trabalhadoras que as apoiam, foi possível observar práticas e articulações concretas que conformam uma escola da experiência, no sentido de Luxemburgo (2010; 2015) e Thompson (2012), como se examinou na auto-organização e construção de rebeldias criativas, entre os anos de 2014 e 2019.

As trabalhadoras do teleatendimento e as trabalhadoras terceirizadas indicaram situações que foram lidas como hostilidades, agressividades, ilegalidades impostas e vigentes como normalidade. Embora concretas, essas violências são camufladas nos poderes empregatícios, tipicamente *privados, escondidos, fetichizados*. É possível observar uma relação, certamente heterogênea, entre a resistências às hostilidades contratuais e formas de revolta coletiva. Em alguns casos, podem-se identificar características do que Nowak e Gallas (2014) denominaram greve de massas, como aproximações entre lutas cotidianas e greves políticas.

Conforma-se um novo desenho institucional do Direito do Trabalho. No nível individual, observar as metamorfoses das bordas da ilegalidade indica que a defesa dos direitos sociais deverá orientar especial atenção à transformação do espaço privado em espaço contratável, à subjetividade como negócio sacrificial, ao corpo como “carça

do tempo” (MARX, 2014b), à captura ou tentativa de eliminação das porosidades presentes no tempo de não trabalho, no direito ao lazer, no direito ao descanso, todos ameaçados pela opacidade do objeto contratual e pelas *ilegalidades expandidas*.

A hostilidade contratual, nesse sentido, ameaça aproximar-se do corpo até os limites da exaustão, do adoecimento, pela agressividade juridicamente lícita, ainda que limites se desenhem em disputa, em decisões judiciais recentes (BRASIL, 2019i; BRASIL, 2019m). Por outro lado, o único caminho, no qual as hostilidades são confrontadas, são a luta política e a solidariedade de classe. Nelas, afirma-se o oposto da hostilidade, quando se observam as rebeldias criativas de trabalhadoras.

No nível coletivo, o neoconservadorismo e as erupções públicas apresentam elementos de uma nova morfologia das lutas sociais. É inegável a radicalidade de atos públicos em que os uniformes de trabalho são queimados publicamente e as atividades de trabalho são interrompidas. A classe se faz em lutas criativas, ainda que o Direito veja tais acontecimentos como fatos não jurídicos.

Os episódios de fechamento de escolas com churrasco e caixas de som, por trabalhadoras terceirizadas, são emblemáticos. Nessas situações, foi possível examinar como classe e gênero se coproduzem e potencializam o processo de consciência, em batalhas como a luta por educação e por um futuro melhor para seus filhos, nas quais as trabalhadoras terceirizadas retornam à escola, na condição de cidadãs e lutadoras.

As liberdades coletivas *reais* têm seus traços vislumbrados no trabalho permanente de solidariedade de classe, no monitoramento das hostilidades contratuais em grupos de *whatsapp*, na compreensão de que os contratos de trabalho, espoliativos para trabalhadores e trabalhadoras, são também *perigosos* para o capital. Na imagem de Harvey (2016, p. 293), são os tremores que antecedem o terremoto.

No subterrâneo invisível, privado e hibridizado dos contratos laborais, a pressão hostil das ilegalidades expandidas sobre a classe trabalhadora se exerce e apresenta como resposta à crise estrutural do capital a reificação o corpo, do tempo e da expectativa de trabalhadores e trabalhadoras. Os impactos discriminatórios se multiplicam e a segmentação do contrato adquire *status* de normalidade.

As suposições criativas desenvolvidas na tese explicitam e delineiam consequências das fissuras do Direito do Trabalho abertas pelo STF, desde o ano de 2014. Redesenha-se o Direito Laboral, em um rumo marcadamente espoliativo, sexista, racista e homotransfóbico. Nesse sentido, o acentuamento da precarização, da

discriminação e do sequestro do futuro se reencontram, como instabilidades permanentes lícitas, no contrato laboral.

Na avaliação de Florestan sobre a Constituinte, citada durante a tese, o espaço histórico e político permite confrontos abertos, pois se está diante de uma: “(...) forma tardia que a ruptura comparece no funcionamento e nos dinamismos da sociedade civil” (FERNANDES, 2014e, p. 299). O exame das *ilegalidades expandidas* fornece visibilidade a dinâmicas e formas desses conflitos. O trabalho no laboratório das espoliações, portanto, faz memória dos processos de hostilidade e ruptura, para colocar-se ao lado das rebeldias da classe trabalhadora, que já ensaia no cotidiano a resistência e os tremores do terremoto do futuro.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. *Sem maquiagem*: o trabalho de um milhão de revendedoras de cosméticos. São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. *Blog da Boitempo*. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>>. Publicado em: 22 fev 2017. Acesso em: 10 jan 2019.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.

AGÊNCIA IBGE. *PNAD Contínua*: taxa de desocupação é de 12,4% e taxa de subutilização é de 24,6% no trimestre encerrado em fevereiro de 2019. IBGE. Março/2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24109-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-4-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-24-6-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro-de-2019>. Acesso em: 29/03/2019.

ALMEIDA, Gelsom Rozentino de. *História de uma década quase perdida*: PT, CUT, crise e democracia no Brasil: 1979–1989. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

ANTUNES, Ricardo. *A Rebeldia do Trabalho*. São Paulo: Ensaio; Campinas/SP: Editora da Unicamp, 1988.

_____. *Os sentidos do trabalho*: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009.

_____. *O caracol e sua concha*: ensaio sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. *Adeus ao trabalho?*: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. *O Privilégio da Servidão*: um novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Botempo, 2018

ARRUZZA, Cinzia. Rumo a uma “união queer” de marxismo e feminismo? Tradução: Fátima Murad. *Lutas Sociais*, São Paulo, n. 27, p. 159–171, 2011.

ARTHURS, Harry. The Constitutionalization of Employment Relations: Multiple Models, Pernicious Problems. *Social & Legal Studies*, vol. 19, no. 4, dez. 2010, p. 403-422.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 07, N. 13, 2016, p. 21-47

AZAÏS, Christian. Formes de travail, hybridation et dynamique territoriale. *Revue d'Economie Régionale et Urbaine*, Paris: ADICUEER, 2003/3, p. 379-394.

_____. As zonas cinzentas no assalariamento: proposta de leitura do emprego e trabalho. In: AZAÏS, Christian; KESSLER, Gabriel; TELLES, Vera da Silva (Orgs.). *Ilegalismos, cidade e política*. Belo Horizonte: Fino Traço, 2012.

AZAÏS, Christian; CARLEIAL, Liana Maria da Frota (Org.). *Zone grise de l'emploi et du travail: un dialogue France-Brésil*. Bruxelas: Peter Lang S. A., 2017, p. 63-84.

BALLESTRERO, Maria Vittoria. Le “energie da lavoro” tra soggetto e oggetto. *Working Papers Centre for the Study of European Labour Law* (W.P. C.S.D.L.E.) “Massimo D’Antona”. IT n. 99, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, v. 02, número 09, 2008, p. 258-301.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEHRING, Elaine; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2011.

BENOIT, Hector; ANTUNES, Jadir. *O problema da crise capitalista em O Capital de Marx*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

BENSUSAN, Graciela. Legislation and Labor Policy in Latin America: Crisis, Renovation, or Restoration. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 34, no. 3, Spring 2013, p. 655-676.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. *Lua Nova*, São Paulo, 89: p. 107-134, 2013a.

_____. *Soberania e Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2013b.

BERNARDO, João. *Transnacionalização do capital e fragmentação dos trabalhadores – Ainda há lugar para os sindicatos?* São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *Democracia totalitária*. São Paulo: Cortez, 2004. Paginação irregular.

_____. *Economia dos conflitos sociais*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

BIANCHI, Álvaro. *Arqueomarxismo: comentários sobre o pensamento socialista*. São Paulo: Alameda, 2013.

BIAVASCHI, Magda Barros. Os processos judiciais e a construção do Direito do Trabalho: amar o perdido. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Ano II – Número 30, Agosto de 2006, p. 33-40.

_____. Exposição de Motivos - Comentários. In: SOUZA, Rodrigo Trindade de. *CLT Comentada pelos Juízes do Trabalho da 4ª Região*. São Paulo, LTr, 2018.

BIHR, Alain. Prefácio. In ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, governo e sociedade – Por uma teoria geral da política*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.

BOGO, Ademar. O legado de Rosa Luxemburgo. In: BOGO, Ademar (Org.). *Teoria da Organização Política*, v. 1. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

BORDAS, Francis; SILVA, João Arzeno da; MELLO, Lawrence Estivalet de. Inversões Constitucionais e Erosão de Direitos: Mapa e Agenda da Corrosão do Trabalho no Brasil. In: GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de (Orgs.). *Erosão de Direitos: reformas neoliberais e assédio institucional*. Curitiba: Kaygangue, 2020.

BOFFO, Marco; SAAD FILHO, Alfredo; FINE, Ben. Neoliberal Capitalism: the authoritarian turn. *Socialist Register*, 2019, p. 247-270.

BORÓN, Atilio A.; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. In: BORON, Atilio A. (Org.). *Filosofia Política Contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2006, p. 145-172.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010

_____. Novos Rostos da Homofobia e Direitos LGBTs Alternativos. In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; ALKMIN, Gabriela Campos (Orgs.). *Gênero, Sexualidade e Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Initia Via, 2017.

BORRILLO, Daniel; FORMOND, Thomas. *Homosexualité et discriminations en droit privé*. Paris: La Documentation Française, 2007.

BRAGA, Ruy. *A Política do Precariado: do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo, 2012.

_____. *A Rebeldia do Precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul Global*. São Paulo: Boitempo, 2017.

_____. A vingança de Braverman: o infotaylorismo como contratempo. In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Orgs.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

BRAGA, Ruy; BURAWOY, Michael. *Por uma sociologia pública*. São Paulo: Alameda, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 371/CE*. Segunda Turma do STJ. Brasília, 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1864-PR*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2007.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 111600-70.2000.5.02.0446*. Brasília, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*. Brasília, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo 815.869/PR*. Brasília, 2014a.

- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 709.212/PR. Brasília, 2014b.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 590.415* [Caso BESC]. Brasília, 2015a.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Recurso de Revista 658-65.2013.5.04.0411*. Brasília, 2015b.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Embargos em Recurso de Revista 12-47.2012.5.04.0522*. Brasília, 2015c.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923-DF*. Relator: Ministro Ayres Brito. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2015d.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário 895.759 Pernambuco*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>>. Acesso em 08/04/2019. Brasília, 2016a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n° 590.415 Santa Catarina*. Brasília, 2016b.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323. Brasília, 2016c.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Incidente de Recurso Repetitivo 243000-58.2013.5.13.0023* [Caso Alpargatas S.A.]. Brasília, 2017a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. *Recurso Extraordinário 760.931*. Brasília, 2017b.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 503-25.2011.5.02.0076*. Brasília, 2017c.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Recurso de Revista 482-28.2010.5.01.0071*. Brasília, 2017d.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Recurso de Revista 1511-35.2014.5.09.0012*. Brasília, 2017e.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.468*. Brasília, 2017f.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 414-64.2016.5.12.0038*. Brasília, 2018a.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Distrito Federal e Tocantins). Recurso Ordinário 0011571-58.2015.5.18.0052. Palmas, 2018b.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Recurso de Revista com Agravo 323-78.2012.5.02.0074*. Brasília, 2018c.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Recurso de Revista 1116-71.2011.5.04.0017*. Brasília, 2018d.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. *Recurso Ordinário 1000123-89.2017.5.02.0038*. São Paulo, 2018e.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 11179-53.2017.5.18.0051*. Brasília, 2018f.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Decisão de Julgamento. *Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 2019a.
- _____. Ministério Público do Trabalho. Portaria nº 000560.2019.04.000-8. *Inquérito Civil*. Porto Alegre, 2019. Disponível em: <http://www.prt4.mpt.mp.br/servicos/portarias-de-ic?task=baixa&format=raw&arq=qhFjKtB1ajlVYz7Xq0fewyicaRUuamUurXIQil_B24o_20vNa4LNFvgp3rBHNhDCSvOc6IcvZua3pz_AjnudC63495STKfmp5eFsWnQeop7ScChgJMTiLKZBK0kXj5C8>. Acesso em: 13 ago. 2019b.

- _____. Ministério Público do Trabalho. Relatório de Arquivamento nº 000560.2019.04.000-8. *Inquérito Civil*. Porto Alegre, 2019. Disponível em: <http://www.prt4.mpt.mp.br/servicos/relatorios-de-arquivamento?task=baixa&format=raw&arq=EBvzZxcygYXmLV3eotfdYWp5pgP-rpo5KVDzsAgXaIMvul21cCOWsKxYuhl9RWrp9kt6iZqprFLrmZnKnlaMW95x_4yOrNr5n7sj56PxSm8Fa0OfOx3HAJPIIlysxCAVe>. Acesso em: 10 out. 2019c.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista* 638-76.2015.5.02.0050. Brasília, 2019d.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista com Agravo* 1000967-89.2015.5.02.0432. Brasília, 2019e.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista com Agravo* 10454-06.2018.5.03.0097. Brasília, 2019f.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista com Agravo* 1312-29.2016.5.06.0011. Brasília, 2019g.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista com Agravo* 20352-86.2015.5.04.0334. Brasília, 2019h.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* 62900-79.2007.5.09.0072 2019. Brasília, 2019i.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 324. Brasília, 2019j.
- _____. 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. *Reclamatória Trabalhista* 0010635-18.2017.5.03.0137. Belo Horizonte, 2019l.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* 5938. Brasília, 2019m.

BUENO, Winnie de Campos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Legalidade discriminatória e direito a alimentação sagrada. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2019/36344. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/36344/0>>. Acesso em: 05 fev 2020.

BURAWOY, Michael. *O Marxismo Encontra Bourdieu*. Campinas/SP: Editora Unicamp, 2010.

_____. *Marxismo sociológico: quatro países, quase décadas, quatro grandes transformações e uma tradição crítica*. São Paulo: Alameda, 2014.

BUTLER, Judith. Prefácio de “Die Regierung der Prekären”. In: WASSER, Nicolas. Resenha de “Vidas precárias entre normalização e movimentação”, com trechos traduzidos do original [LOREY, Isabell. *Die Regierung der Prekären*. Wien: Turia + Kant, 2012.]. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 18, n. 41, jan/abr 2016, p. 364-373.

BROWN, Wendy. *Cidadania Sacrificial – Neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Pequena Biblioteca de Ensaios. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018

_____. *Undoing the Demos: neoliberalism’s stealth revolution*. London: Mit Press, 2015.

_____. *Nas ruínas do neoliberalismo – a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. São Pauo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1966.

CAGED. Cadastro Nacional de Empregados e Desempregados. Base de dados online. Disponível para consulta em <<http://pdet.mte.gov.br/caged>>. Acesso em: 28 jan 2020.

CAHEN, Michael. Prefácio. In BRAGA, Ruy. *A Rebelião do Precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul Global*. São Paulo: Boitempo, 2017.

CALVI, Pedro. Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão. *Portal da Câmara dos Deputados*, Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Publicado em 06 ago 2018. Último acesso 30 dez 2019.

CAMARGO, Aurelio Franco de; CALCINI, Ricardo Souza. O controle de jornada dos atletas profissionais de futebol. *Migalhas*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/192260/o-controle-de-jornada-dos-atletas-profissionais-de-futebol>>. Publicado em 13 dez 2013. Acesso em: 10 out 2019.

CAMPOS, Geir. *Antologia poética*. Organização: Israel Pedrosa. Rio de Janeiro: Léo Christiano Editorial, 2003.

CANO, María. Los Forzados. In *María Cano, 1887-2007. Una voz de mujer les grita*. Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELLA, Juan Ramón. *Cidadãos Servos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

CARLEIAL, Liana Maria da Frota. *Acumulação capitalista, emprego e crise: um estudo de caso*. São Paulo: IPE/USP, 1986.

_____. Crise Econômica Internacional e Crise do Trabalho: o que já podemos antecipar?. *Economia, Desenvolvimento Regional e Mercado de Trabalho do Brasil*. Brasília: IPEA, 2010, v. 1, p. 11-38.

_____. *Conhecimento, firmas-rede e o (anti)-trabalhador coletivo e social*. Texto produzido para o Seminário Interno Transformação Sócio-Produtiva e Serviços. Recebido diretamente da autora. 2009.

_____. Subdesenvolvimento e Mercado de Trabalho no Brasil. *Colóquio Internacional sobre Mercado de Trabalho, Trabalhador Pobre, Proteção Social e Enfrentamento da Pobreza nos contextos do Brasil e do Canadá*. Apresentação recebida diretamente da autora. 2012.

CARLEIAL, Liana; AZAÏS, Christian. Mercados de trabalho e hibridização: uniformidade e diferenças entre França e Brasil. *Cadernos CRH* [online], 2007, vol. 20, n.51, p. 401-417.

CAROTHERS, Thomas; YOUNGS, Richard. *The Complexities of Global Protests*. Paper – Carnegie Endowment for International Piece. Disponível em: <https://carnegieendowment.org/files/CP_257_Youngs-Carothers-Global_Protests_final.pdf>. Publicado em: 08 Out 2015. Acesso em: 10 dez 2019.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Prefácio – Uma reflexão sobre a civilização brasileira. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A Revolução Passiva: Iberismo e Americanismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, Sonia de. A Quiet and Discrete Revolution in the Portuguese Courts: The Twilight of the Employment Contract. *Juridical Tribune*, vol. 8, no. 1, March 2018, p. 221-243.

CASTILLO, Juan José. O trabalho do conhecimento na sociedade da informação: a análise dos programadores de software. In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Orgs.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

CASTRO, Alexandre Samy. O método quantitativo na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

CATHARINO, José Martins. A obrigação de trabalhar, oriunda de contrato de emprego. *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, v. 02, p. 163–172, set. 2012.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. Resoluções do 2º Congresso Nacional da Central Única dos Trabalhadores (CUT). Disponível em: <<https://admin.cut.org.br/system/uploads/document/490ed55b00a0a6b5eea9aa486ae719f3/file/2-congresso-nacional-da-cut-2-concut-31-07-a-03-08-1986.pdf>>. Rio de Janeiro, 31 de jul a 03 ago 1986. Acesso em: 05 nov 2019.

COMMONS, John R.; ANDREWS, John B. *Principles of Labour Legislation*. New York: Mc Millan, 1936.

COMMONS, John R. *Legal Foundations of Capitalism*. Madison, Wisconsin U.P., 1959,

CORRÊA, Adriana; GEDIEL, José Antônio Peres. Crítica ao Iluminismo em Foucault e a Captura da Autonomia pela Biopolítica. In: CHAHRUR, Alan Ibn; RAMIRO; Caio Henrique (Orgs.). *Labirinto da filosofia no direito - ensaios em homenagem a Oswaldo Giacoia Junior*. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 157-166.

CORRÊA, Larissa Rosa. O corporativismo dos trabalhadores: leis e direitos na Justiça do Trabalho entre os regimes democrático e ditatorial militar no Brasil (1953-1978). *Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, v. 42, n. 2, p. 500-526, maio-ago., 2016.

CORREAS, Oscar. *Ideología jurídica*. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1983. _____. *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

COSTA, Pietro. Democracia política e Estado constitucional. In COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 241-274.

COSTA, Vanda Maria Ribeiro. Corporativismo e Justiça Social: O Projeto de Oliveira Vianna. In: MORAES, João Quartim; BASTOS, Élide Rugai (Orgs.). *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Editora da Unicamp, 1993.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Contrato de trabalho por prazo determinado. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). *Direito do trabalho: estudos*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. Função social do contrato de trabalho. In: _____; DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Orgs.). *Transformações do direito do trabalho*. Curitiba: Ed. Juruá, 2000.

_____. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: Ingo Wolfgang Sartlet. (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 159-174.

_____. Direito capitalista e democrático do trabalho nos marcos do Estado Providência: 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho Brasileira. *Estudos do Século XX*, v. 13, p. 167-180, 2013.

_____. Poder Punitivo. In: VIANA, Marcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da.. (Org.). *Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. São Paulo: LTr, 2016, v. 1, p. 227-232.

_____. Força da lei e o projeto de declínio da ordem simbólica. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, p. 89-112, 2017a.

_____. Retrocesso Social em Tempos de Crise ou Haverá Esperança para o Direito do Trabalho? Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 83, no 3, jul/set 2017b, p. 17-58.

_____. Reforma trabalhista brasileira e o Supremo Tribunal Federal: as escolhas trágicas?. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 21, p. 31-52, 2018.

_____. Mútuo consentimento: considerações sobre o distrato trabalhista. *Revista jurídica trabalho e desenvolvimento humano*, v. 2, p. 231-254, 2019.

COUTINHO, Aldacy Rachid; ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção da Intimidade e da Privacidade do Trabalhador: Há realmente uma proteção adequada?. In: *El Derecho A La Intimidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

COUTROT, Thomas. *L'entreprise neo-libérale, nouvelle utopie capitaliste?* Paris: La Découverte, 1999.

COUTU, Michel; LE FRIANT, Martine; MURRAY, Gregor. Broken Paradigms: Labor Law in the Wake of Globalization and the Economic Crisis. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 34, n. 3, Primavera de 2013: 565-584.

COZERO, Paula Talita. Estado gerencial e reforma trabalhista: a racionalidade neoliberal no discurso da Câmara dos Deputados. In: MELLO, Lawrence Estivalet de; CALDAS, Josiane; GEDIEL, José Antônio Peres (Orgs.). *Políticas de austeridade e direitos sociais*. Curitiba: Kaygangue Ltda, 2019.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. *Revista Estudos Feministas*, 171, v. 10, n. 01, 2002, p. 171-188.

DAL ROSSO, Sadi. *O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor*. São Paulo: Boitempo, 2017.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Dogmática “opinativa”: o exemplo da função social da propriedade. *Revista direito GV* [online]. 2017, vol.13, n.3, pp.769-795. ISSN 2317-6172.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAUBLER, Wolfgang. Comparison of Labor Law in Socialist and Capitalist Systems. *Comparative Labor Law*, vol. 4, no. 2, Spring 1981, p. 79-98.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. Tradução de Ana Paraguay e Lúcia Ferreira. São Paulo: Cortez, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. Obrigações constitucionais extrapatrimoniais das empresas prestadoras e tomadoras de serviços nas relações de trabalho terceirizadas. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo: IOB, v. 24, n. 293, nov. 2013, p. 74-99.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais – Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (org). *A Perda da Razão Social do Trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.

DRUCKER, Peter. The New Sexual Radicalism. *International View Point*. Disponível em http://www.internationalviewpoint.org/spip.php?article1866&var_recherche=lgbt. Publicado em: 12 mai 2010. Acesso em: 08 out 2019.

DUKES, Ruth. Otto Kahn-Freund and Collective Laissez-Faire: An Edifice without a Keystone. *Modern Law Review*, vol. 72, no. 2, March 2009, p. 220-246.
_____. The Autonomy of Labour Law. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, no. 1, Fall 2015, p. 223-230.

DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. O imperialismo na era neoliberal. *Crítica Marxista*, n. 18, mai 2004, Editora Revan Ltda, p. 11–36.

DUTRA, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho em call centers na Região Metropolitana de Salvador*. Tese

(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: PUF, 1999.

_____. L'homme numérique: questions d'image. In Institut Suisse de Droit Comparé; Université de Lausanne. *L'individu face aux nouvelles technologies: surveillance, identification et suivi*. Lausanne: Schulthess, 2005.

_____. *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court Of The United States. Appeal From The United States District Court For The District Of Columbia nº 08–205. Apelante: CITIZENS UNITED. Apelada: FEDERAL ELECTION COMMISSION. *United States Reports*: Washington, 2010.

_____. Supreme Court Of United States. Petição nº 09-893. Peticionários: AT&T; MOBILITY LLC. Peticionado: Vincent Concepcion. *United States Reports*. Washington, 2011a.

_____. Supreme Court Of United States. Petição nº 564 U.S. 338. Peticionário: Wal-Mart Stores, Inc. Peticionada: Dukes et al. *United States Reports*. Washington, 2011b.

_____. Supreme Court Of Wisconsin. Moção. Peticionário: Dane County District Attorney (Ismael R. Ozanne). Peticionado: Jeff Fitzgerald. *Wisconsin Reports*, 2012.

ESTLUND, Cynthia. Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self Regulation. *Columbia Law Review*, vol. 105, no. 2, March 2005, p. 319-404.

FEFFERMANN, Marisa. *Vidas Arriscadas: o cotidiano dos jovens trabalhadores do tráfico*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2006.

FELTRAN, Gabriel de Santis. Trabalhadores e bandidos: categorias denominação, significados políticos. *Revista Temáticas*, ano 30, v.15, p.11-50, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do Trabalho e Direito dos Contratos: Apontamentos Relevantes sobre a Parte Especial do Novo Código Civil (Lei n. 10h406, de 10.01.2002). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 98, p. 269-288, ano 2003.

_____. *Curso Crítico de Direito do Trabalho – Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Florestan. *Capitalismo Dependente e Classes Sociais na América Latina*. São Paulo: Global, 2009.

_____. *A revolução Burguesa no Brasil*. Ensaio de interpretação Sociológica. São Paulo: Globo, 2005.

_____. A Constituição como Projeto Político. In: *Florestan Fernandes na constituinte: leituras para a reforma política*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo Expressão Popular, 2014a.

_____. O Quadro Político Atual. In: *Florestan Fernandes na constituinte: leituras para a reforma política*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo Expressão Popular, 2014b.

_____. Congresso Constituinte sem sonhos. In: *Florestan Fernandes na constituinte: leituras para a reforma política*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo Expressão Popular, 2014c.

_____. A Qualidade da Constituição. In: *Florestan Fernandes na constituinte: leituras para a reforma política*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo Expressão Popular, 2014d.

_____. A “Transição” Pós-Constitucional. In: *Florestan Fernandes na constituinte: leituras para a reforma política*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo Expressão Popular, 2014e.

FERREIRA, Antônio Casimiro. A sociedade de austeridade: Poder, medo e direito do trabalho de exceção. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 95, 2011, 119-136.

FILGUEIRAS, Vitor; BISPO, Bruna; COUTINHO, Pablo. A reforma trabalhista como reforço a tendências recentes no mercado de trabalho. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. *Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil* (Orgs.). Campinas/SP: Curt Nimuendajú, 2018.

FONSECA, Máira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

FONTES, Virgínia. *Reflexões Im-pertinentes*. História e capitalismo contemporâneo.. 1. ed. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2005.

_____. *O Brasil e o capital-imperialismo – teoria e história*. 1. ed. Rio de Janeiro: editora da UFRJ, 2010

FORBATH, William E. The Ambiguities of Free Labor: Labor and the Law in the Gilded Age. *Wisconsin Law Review*, vol. 1985, no. 4, 1985, p. 767-818.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. São Paulo: Unesp, 1997.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 151-166.

_____. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, 2014, p. 174-183.

_____. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

_____. Pactos invisíveis e as relações médico-paciente. In: GEDIEL, J.A; MERCER, V.. (Orgs.). *Violência, paixão e discursos: o avesso dos silêncios*. Porto Alegre: CMC Editora, 2008, p. 203-213.

GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. Paradoxos da Autonomia Precária: legislação cooperativista e trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 61, p. 193-218, 2016a.

_____. Utopias Subordinadas: subordinação jurídica e projetos de emancipação no Brasil / Subordinated Utopias: Legal subordination and emancipation projects in Brazil. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, p. 200-231, 2016b.

_____. Expropriações do sujeito trabalhador e os limites dos direitos da personalidade na Lei n. 13.467/2017. In: MELLO, Lawrence Estivalet; SILVA, João Luiz Arzeno da; ZANIN, Fernanda. (Org.). *Estratégias autoritárias do Estado empregador: assédio e resistências*. Curitiba: Kaygangue, 2017, p. 63-85.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção Jurídica de Dados Pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 47, p. 141–153, 2008.

GENTIL, Denise Lobato. *A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005*. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2006.

GIUGNI, Gino. Direito do Trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano XXVIII, 1986, n. 03, p. 305–365.

_____. Juridification of Italian Labor Relations. *Comparative Labor Law Journal*, vol. 8, no. 4, Summer 1987, p. 309-332.

GOMES, Angela de Castro. A práxis corporativa de Oliveira Vianna. In: MORAES, João Quartim; BASTOS, Élide Rugai (Orgs.). *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Editora da Unicamp, 1993.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: Editora LTr, 2007. v. 1. 158p .

GRAU, Antônio Baylos. Desenhos Institucionais e Relações de Trabalho: o debate contemporâneo. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (Org.). *Transformações no Mundo do Trabalho e Redesenhos Institucionais – Trabalho, Instituições e Direitos*. São Paulo: LTr, 2014.

HARVEY, David. *O Novo Imperialismo*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. *17 contradições e o fim do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2016

_____. *Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2017.

HAYEK, Friedrich. Professor Friedrich Hayek's Closing Speech. *Hayek MSS (Hoover Institution)*: Box 109. Disponível em <<https://www.margarethatcher.org/document/117193>>. Discurso de 03 mar 1984. Acesso em: 02 fev 2020.

HEGEL, Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. Petrópolis: Vozes, 1991 e 1992.

_____. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. Assédio moral nas relações sociais no âmbito das instituições públicas. In: GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de; ZANIN, Fernanda; SILVA, Eduardo Faria (Orgs.). *Estado, Poder e Assédio: Relações de trabalho na administração pública*. Curitiba: Kairós Edições, 2015. _____ . *Assédio Moral: Gestão por Humilhação*. Curitiba: Juruá, 2018.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão – Elementos filosóficos a respeito do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HIRATA, Helana. Flexibilidade, trabalho e gênero. In: HIRATA, Helena; SEGNINI, Liliana (Orgs.). *Organização, trabalho e gênero*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.

_____. Gênero, classe e raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social*, v. 26, n. 1, jun. 2014, pp. 61-73.

HUWS, Ursula. A construção de um cibertariado? Trabalho virtual num mundo real. In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Orgs.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

IASI, Mauro Luis. *As metamorfoses da consciência de classe: o PT entre a negação e o consentimento*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

_____. Democracia de Cooptação e o Apassivamento da Classe Trabalhadora. In: Evilásio Salvador; Elaine Behring; Sara Granemann; Ivanete Boschetti (Org.). *Financeirização, fundo público e política social*. São Paulo: Cortez, 2012, v. 1, p. 285-317.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

INFRANCA, Antonino. *Trabalho, indivíduo, história – O conceito de trabalho em Lukács*. São Paulo: Boitempo; Marília/SP: Oficina Universitária UNESP, 2014.

INFOPEN – Levantamento nacional de informações penitenciárias. Thandara Santos (org.). 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (OIT). *World employment and social outlook 2015: The changing nature of jobs*. Geneva: ILO, 2015.

JAMIL, Rabih; NOISEUX, Yanick. Deconstructing the uber narrative and setting stepping stones for a north-south comparative research. In: MELLO, Lawrence Estivalet de; CALDAS, Josiane; GEDIEL, José Antônio Peres Gediél (Orgs.). *Políticas de Austeridade e Direitos Sociais*. Curitiba: Kaygangue, 2019.

JORNAL NACIONAL. *Jair Bolsonaro (PSL) é entrevistado no Jornal Nacional*. O candidato do PSL à Presidência foi entrevistado, ao vivo, na bancada do JN, por William Bonner e Renata Vasconcellos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/08/28/jair-bolsonaro-psl-e-entrevistado-no-jornal-nacional.ghtml>>. Acesso em 10 nov 2019.

KAHN-FREUND, Otto. *Labour and The Law*. London: Stevens & Sons Ltd., 1983

KANT, Immanuel. Resposta à questão: O que é esclarecimento?. Trad. Vinicius de Figueiredo. In: MARÇAL, J.; CABARRÃO, M.; FANTIN, M. E. (Orgs). *Antologia de Textos Filosóficos*. Curitiba: SEED-PR, 2009, p. 406-415.

KERGOAT, Danièle. Dinâmica e consubstancialidade das relações sociais. *Novos Estudos Cebrap*, n. 86, março de 2010, p. 91–101.

KESSELMAN, Donna. Trabalho precário e precarização institucional nos Estados Unidos. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 12, no 25, set./dez. 2010, p. 66-100.

KIRCHHEIMER, Otto. Weimar... e então? Formação e atualidade da Constituição de Weimar. Tradução de Bianca Tavorlari. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 02, 2019, p. 1512-1553.

KONDER, Leandro. *Hegel – A razão quase enlouquecida*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

KOUNTOURIS, Nicola. The Legal Determinants of Precariousness in Personal Work Relations: A European Perspective. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 34, no. 1, Fall 2012, p. 21-46.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Traducción y notas: Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Reunidas, 1978.

LE FRIANT, Martine. Collective Autonomy: Hope or Danger. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 34, no. 3, Spring 2013, p. 627-654

LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Campinas/SP: Editora da UNICAMP, 1990.

LETIZIA, Vito. *A Grande Crise Rastejante*. São Paulo: Editora Caros Amigos, 2012.
_____. *Contradições que movem a história do Brasil e do continente americano*. São Paulo: Alameda, 2014.

LÊNIN, Vladimir. *Cadernos Filosóficos: Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2018.

LIMONGI, Fernando. Democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, 76, II, Novembro 2006.

LINDER, Marc. Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 21, no. 1, Fall 1999, p. 187-230.
_____. Employees, Not-So-Independent Contractors, and the Case of Migrant Farmworkers: A Challenge to the Law and Economics Agency Doctrine. *New York University Review of Law & Social Change*, vol. 15, no. 3, 1986-1987, p. 435-476.

LOPES, Fernando Ribeiro. Trabalho subordinado ou trabalho autónomo: um problema de qualificação. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano XXIX, Janeiro–Março de 1987, n. 01, p. 57–80.

LOPES, João Gabriel Pimentel. Do direito protetivo do trabalho ao direito do trabalho de exceção: o caso do trabalho intermitente. *Revista Teoria Jurídica Contemporânea*, 4:2, julho–dezembro 2019, p. 40–61.

LOREY, Isabell. Die Regierung der Prekären. In: WASSER, Nicolas. Resenha de "Vidas precárias entre normalização e movimentação", com trechos traduzidos do original [LOREY, Isabell. Die Regierung der Prekären. Wien: Turia + Kant, 2012.]. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 18, n. 41, jan/abr 2016, p. 364-373.

LUDERA-RUSZEL, Agata. Typical or Atypical: Reflections on the Atypical Forms of Employment Illustrated with the Example of a Fixed-Term Employment Contract - A Comparative Study of Selected European Countries. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, no. 2, Winter 2016, p. 407-446.

LUDWIG, Celso. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LUIZ, Gabriela Barchehen. *4.800 ecoins por uma folga: paradoxos da gestão digital do trabalho*. Monografia (Licenciatura em Ciências Sociais) – Setor de Ciências Humanas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

LUKÁCS, György. *História e Consciência de Classe* – Estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Lênin: um estudo sobre a unidade de seu pensamento*. São Paulo: Boitempo, 2012.

LUXEMBURGO, Rosa. *A crise da social-democracia*. Tradução: Maria Nogueira e Silvério da Silva. Lisboa: Editoria Presença, 1974.

_____. Greve de massas, partido e sindicatos. In: BOGO, Ademar (Org.). *Teoria da Organização Política*, v. I. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

_____. A Revolução Russa. In: SCHÜTRUMPF, Jörn (Org.). *Rosa Luxemburgo ou O preço da liberdade*. Traduções: Isabel Loureiro, Karin Glass, Kristina Michahelles e Monika Ottermann. São Paulo: Expressão Popular, coedição Fundação Rosa Luxemburgo, 2015

MACHADO FILHO, Alexandre Marcondes. Exposição de motivos [da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho]. In: *Consolidação das Leis do Trabalho e Leis Complementares*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948. p. 3-10.

MADEIRA, Marcos Almir. Posição e atualidade de Oliveira Vianna. In: MORAES; João Quartim; BASTOS, Élide Rugai (Orgs.). *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Editora da Unicamp, 1993.

MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, 2009, p. 199-226.

MALTA, Maria de Mello. Políticas de austeridade e ataque aos direitos sociais: agenda liberal conservadora para novos espaços de sobre acumulação (Prefácio). In: MELLO, Lawrence Estivalet de (Org.); CALDAS, Josiane (Org.); GEDIEL, José Antônio Peres Gediel (Org.). *Políticas de Austeridade e Direitos Sociais*. Curitiba: Kaygangue, 2019.

MALTA, Maria de Mello; LEÓN, Jaime Winter. Soluções autoritárias para crises econômicas: aspectos brasileiros de golpes de classe. In: GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet; ZANIN, Fernanda; SILVA, João Luiz Arzeno da. *Estratégias autoritárias do Estado empregador: assédio e resistências*. Curitiba: Kaygangue, 2017

_____. Democracias, Crises e Golpes à Brasileira: Autoritarismo das Burguesias Contra-Revolucionárias. In: GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de (Orgs.). *Erosão de Direitos: reformas neoliberais e assédio institucional*. Curitiba: Kaygangue, 2020.

MANDEL, Carlos Heller; SANTOS, Fernando Burgos Pimentel dos. Futebol profissional: saída da pobreza? *Mosaico*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 14, p. 195-213, jul. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARX, Karl. *O Capital*. V. III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.

_____. *O Capital*. V. I. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

_____. *Trabalho Assalariado e Capital*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1987.

_____. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004a.

_____. *Miséria da Filosofia*. São Paulo: Ícone, 2004b.

_____. *O capital* [Livro III]: crítica da economia política. O processo global da produção capitalista. São Paulo: Boitempo, 2017.

_____. Trabalho assalariado e capital. *Obras Escolhidas*, v. 1. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, s/d.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Boitempo, 2002.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MATTOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e sindicatos no Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

_____. *A classe trabalhadora: de Marx ao nosso tempo*. São Paulo: Boitempo, 2019.

MATTOS, Delmo. *O Problema da Liberdade e a Liberdade como Problema em Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2014.

MÉSZÁROS, István. *Produção Destrutiva e Estado Capitalista*. São Paulo: Ensaio, 1996.

_____. Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.

_____. *O desafio e o fardo do tempo histórico: o socialismo do século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *The Unfolding Crisis and the Relevance of Marx*. Palestra escrita para uma reunião em Conway Hall, Londres, a 21 de Outubro de 2008. Original disponível no link <https://mronline.org/2008/11/04/the-unfolding-crisis-and-the-relevance-of-marx/>. Tradução disponível em

<http://resistir.info/meszaros/meszaros_nov08_p.html>. Acesso em: 05 mai 2019.

_____. *A necessária reconstituição da dialética histórica*. Palestra proferida no III Seminário Margem Esquerda, na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em <<https://pcb.org.br/portal/docs/dialetica.pdf>>. Acesso em: 10 dez 2019.

_____. *Para além do capital: rumo a uma teoria da transição*. São Paulo: Boitempo, 2011a.

_____. *Estrutura social e formas de consciência: a dialética da estrutura e da história*. São Paulo: Boitempo, 2011b.

_____. *A crise estrutural do capital*. Tradução de Francisco Cornejo. São Paulo: Boitempo, 2011c.

_____. *A montanha que devemos conquistar: reflexões acerca do Estado*. São Paulo, Boitempo, 2015.

MDIC – Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Portal do Empreendedor – Estatísticas*. Disponível em <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/estatisticas>>. Acesso em 15 de julho de 2019.

MELLO, Lawrence Estivalet de. *Autonomia precária e utopias subordinadas: o direito achado e perdido no trabalho cooperativo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015

MELLO, Lawrence Estivalet de; MALTA, Maria de Mello. A relação entre base, superestrutura e consciência social em Marx. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, v. 20, p. 56-73, 2017.

MELLO, Lawrence Estivalet de; FERREIRA, Maria Vitória Costaldello. A terceirização da atividade-fim como fraude e inconstitucionalidade no Brasil. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (Org.). *Terceirização: conceito, crítica, reflexos trabalhistas e previdenciários*. São Paulo: LTr, 2018, v. 1, p. 82-93.

MENDES, Gilmar. *Organização do Poder Judiciário Brasileiro*. Sem data. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>>. Acesso em: 12 dez 2019.

MIGUEL, Luís Felipe. *Dominação e resistência: desafios para uma política emancipatória*. São Paulo: Boitempo, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, v. I e II.

_____. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. São Paulo: LTr, 1993.

_____. Oliveira Vianna e o Direito do Trabalho no Brasil. In: *Quinze Ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

MÜLLER, Marcos Lutz. Exposição e método dialético em O Capital. *Boletim SEAF-MG*, n. 2, p. 17-41, 1982.

MUSSI, Daniela; BIANCHI, Álvaro. É o fim de um ciclo político no Brasil? *PUCViva Revista*, v. 13, n. 43, p. 58-62, 2013.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *O Sujeito Trabalhador e o Direito Internacional Social – A Aplicação Ampliada das Normas da Organização Internacional do Trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 66, p. 145-154, 2003.

NOWAK, Jörg; GALLAS, Alexander. Mass Strikes Against Austerity in Western Europe – A Strategic Assessment. *Global Labour Journal*, v. 05, n. 03: Setembro, 2014.

NUSSBAUM, Martha. “Whether from reason or prejudice”: taking money for bodily services. *Journal of Legal Studies*, vol. XXVII, January 1998, University of Chicago, p. 693-701.

O’DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa? *Novos Estudos*, nº 31, outubro de 1991.

OKITA, Hiro. *Homossexualidade: da opressão à libertação*. São Paulo: Editora Sundermann, 2007.

OLIVEIRA, Francisco de. Além da transição, alguém da imaginação. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 12, jul., 1985, p. 02–15.

_____. Estado e exceção ou Estado de Exceção. *Revista de Estudos Urbanos e Regionais*, v. 5, n. 1, 2003, p. 09–14.

_____. *A Navegação Venturosa: Ensaio sobre Celso Furtado*. São Paulo: Boitempo, 2003.

_____. *Crítica à Razão Dualista: o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. O surgimento do antivalor: capital, força de trabalho e fundo público. *Novos Estudos*, n. 22, outubro de 1988.

_____. Políticas do antivalor e outras políticas. In: HADDAD, Fernando (Org.). *Desorganizando o consenso – Nove entrevistas com intelectuais à esquerda*. Petrópolis/RJ: Vozes, 1998.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 19, Curitiba, 1980, p. 223–241.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho. Sampaio. A ressignificação da dependência econômica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 1, p. 210-237, jan./mar. 2012

_____. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revisitando os conceitos*. Porto: Editorial Juruá, 2019.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano; ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; MELLO, Lawrence Estivalet de. Desemprego crônico e encarceramento: para uma revisão das taxas de desocupação no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 151, ano 27. p. 167-188. São Paulo: Editora RT, janeiro 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Data Finder - World Employment and Social Outlook*. Disponível em: <<https://www.ilo.org/wesodata>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

ORTELLADO, Pablo; SOLANO, Esther. Nova direita nas ruas? Uma análise do descompasso entre manifestantes e convocantes dos protestos antigoverno de 2015. *Perseu: História, Memória e Política – Revista do Centro Sérgio Buarque de Holanda da Fundação Perseu Abramo*, n. 11, p. 169-181, 2016.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASOLINI, Pier Paolo. *Poemas*. Tradução e notas: Maurício Santana Dias. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

PAULANI, Leda. Hayek e o individualismo no discurso econômico. *Lua Nova*, São Paulo, n. 38, p. 97-124, 1996.

_____. Prefacio – Um militante exemplar. In: LETIZIA, Vito. *A grande crise rastejante*. São Paulo: Editora Caros Amigos, 2012.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GEDIEL, José Antônio Peres. Dos Códigos às Constituições: os direitos fundamentais da personalidade. In: Marcelo Conrado; Rosalice Fidalgo Pinheiro. (Org.). *Direito privado e constituição*. Curitiba: Juruá, 2009

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PINTO, José Augusto Rodrigues. A emenda constitucional n. 45/2004: Justiça do Trabalho – reflexos, inovações e impactos. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 69, n. 5, p. 521-532, maio 2005.

PINTO, Mário F. C. A função do direito do trabalho e a crise atual. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano I (2ª série), 1986, n. 01, p. 03–63.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In J. Poupard et al. (Org.). *A pesquisa qualitativa*. Enfoques teóricos e metodológicos. Petrópolis: Editora Vozes, 2008, p. 154-211.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

POCHMANN, Márcio. *Nova classe média?: o trabalho na base da pirâmide social brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2012.

_____. *O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social*. São Paulo: Boitempo, 2014.

PORTO, Lorena Vasconcelos; VIANNA, Márcio Túlio. Flexibilização Trabalhista e Desemprego - A Recente Polêmica da Lei de Primeiro Emprego na França. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 126, p. 96–106, Abr-Jun 2007.

QIN, Amy. Economia da China prospera, mas reforça políticas patriarcais - O presidente Xi Jinping quer que as mulheres assumam o que chama de seu 'papel único' na sociedade e se voltem aos cuidados do lar e dos filhos. *The New York Times*, 26 jul 2019. Disponível em <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/nytiw,economia-da-china-prospera-mas-reforca-politicas-patriarcais,70002936003>>. Acesso em 26 de julho de 2019.

RAMOS, Graciliano. *Seleção de textos, notas, estudos bibliográfico, histórico e crítico e exercícios por Vivina de Assis Viana*. São Paulo: Abril Educação, 1981.

RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os fundamentos sexistas da regulação do trabalho e a marginalidade jurídica do cuidado. In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; ALKMIN, Gabriela Campos (Orgs.). *Gênero, Sexualidade e Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Initia Via, 2017.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

RÊGO, Walquíria Domingues Leão. Tavares Bastos e Oliveira Vianna: contraponto. In: MORAES; João Quartim; BASTOS, Élide Rugai (Orgs.). *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Editora da Unicamp, 1993.

REICHOW, Anderson de Mello; CARLEIAL, Liana Maria da Frota; MELLO, Lawrence Estivalet de. Soluções autoritárias para crises econômicas: lições da greve dos caminhoneiros de 2018 para o direito coletivo do trabalho no Brasil. *Revista de Estudos do Vale Iguaçu*, v. 2, n. 31, p. 139-151, 2018.

REINO UNIDO. Employment Tribunals. *Caso nº 2202550/2015*. Julgado em 19/12/2018. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>>. Acesso em: 31/03/2019.

RIBEIRO, Fabio Túlio Correia. OS TRABALHADORES “MALDITOS” E A JURISPRUDÊNCIA DO TST: A (DES)PROTEÇÃO JURÍDICA DE EMPREGADOS DO MERCADO DO SEXO. *Revista do TST*, Brasília, vol. 81, n. 01, jan/mar 2015, p. 71-87.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp; OLIVEIRA, Rosa. Direitos Sexuais e Heteronormatividade: identidades sexuais e discursos judiciais no Brasil. In: Richard Miskolci; Larissa Pelúcio (Orgs.). *Discursos Fora da Ordem: sexualidades, saberes e direitos*. São Paulo: Annablume, 2012, p. 245-276.

RIOS, Roger Raupp; MELLO, Lawrence Estivalet de. O Supremo Tribunal Federal e a Discriminação por Orientação Sexual: Homofobia e Homoafetividade na Decisão da ADPF 132/ ADI 4.277. *Revista Crítica do Direito*, v. 64, p. 178–194, 2014.

_____. Direito da antidiscriminação, criminalização da homofobia e abolicionismo penal. *Revista Crítica do Direito*, v. 65, p. 99-121, 2015.

RODOTÀ, Stefano. La “privacy” tra individuo e collettività. In RODOTÀ, Stefano. *Il diritto privato nella società moderna*. Bologna: Mulino, 1977. p. 159

RODRIGUES, Leôncio Martins. O sindicalismo corporativo no Brasil. In: *Partidos e sindicatos: escritos de sociologia política* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. pp. 38-65.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

_____. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 4, p. 261-294, 2016.

ROESLER, Shannon. Permutations of Judicial Power: The New Constitutionalism and the Expansion of Judicial Authority. *Law and Social Inquiry*, vol. 32, no. 2, Spring 2007, p. 545-580.

ROMITA, Arion Sayão. Contrato de Trabalho: Formação e Desenvolvimento. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 23, jan-fev 1980, p. 65-79.

_____. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SAAD FILHO, Alfredo. Salários e exploração na teoria marxista do valor. *Economia e Sociedade*, Campinas, n. 16, p. 27–42, jun. 2001.

SAFATLE, Vladimir. *O dever e seus impasses*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. *Dar corpo ao impossível – O sentido da dialética a partir de Theodor Adorno*. Editora Autêntica, 2019.

SAMPAIO, Plínio de Arruda. *Entrevista concedida pelo Constituinte Plínio de Arruda Sampaio a Gunther Axt e Ricardo Vaz Seelig, para o Memorial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* (agosto, 2002). Disponível em

<<http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/entrevistaplinio.pdf>>. Acesso em: 07 set 2019.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem Burguesa e Liberalismo Político*. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 57/2006, p. 5-48, Out-Dez/2006.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

SCHÜTRUMPF, Jörn (Org.). *Rosa Luxemburgo ou O preço da liberdade*. Traduções: Isabel Loureiro, Karin Glass, Kristina Michahelles e Monika Ottermann. São Paulo: Expressão Popular, coedição Fundação Rosa Luxemburgo, 2015

SCHWARTZ, Herman. Economic and Social Rights. *American University International Law Review*, v. 8, n. 2/3. 1993, p. 551-565.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (Org.). *Terceirização: conceito, crítica, reflexos trabalhistas e previdenciários*. 1ed. São Paulo: LTr, 2018, v. 1, p. 82-93.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas e configurações institucionais em um cenário de democracia: a atuação do Tribunal Superior do Trabalho na conformação dos direitos coletivos assegurados pela Constituição, na década de 1990*. São Paulo, LTr, 2008.

_____. Direitos fundamentais e Garantismo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, p. 274-292, 2011.

_____. O Direito Do Trabalho Por Evaristo De Moraes Filho: Uma Contribuição à Compreensão da Cultura Jurídica Trabalhista Brasileira. *Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas*, v. 18 n. 36 (2015).

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; GUEIROS, Daniele Gabrich; MOURA, E. K. V. ; FRATTINI, F. ; IGREJA, C. ; SANTOS, H. M. P. ; CHAGAS, T. T. ; CARVALHO, L. N. Constituição e trabalho: exame das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal sobre matéria trabalhista a partir de 1988. *Confluências*, Niterói, v. 14, p. 16-36, 2012.

SIMÕES, Carlos. *Direito do trabalho e modo de produção capitalista*. São Paulo: Símbolo, 1979.

_____. Relação de emprego e relações de produção. *Crítica do Direito*, v. 1, n. 1. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.

SINGER, André. *Sentidos do Lulismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. *O Lulismo em Crise – Um quebra-cabeça do período Dilma (2011–2016)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SINGER, André; LOUREIRO, Isabel (Orgs.). *As contradições do lulismo – A que ponto chegamos?* São Paulo: Boitempo, 2016.

SOLANO, Esther. Crise da Democracia e extremismos de direita. *Análise*, n. 42. São Paulo: Friedrich Erbert Shiftung Brasil, 2018. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14508.pdf>>. Acesso em: 05 dez 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003.

_____. A supersubordinação – invertendo a lógica do jogo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 157-193, 2008.

_____. Velhas e novas ameaças do neoliberalismo aos direitos trabalhistas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/1/art20150102-04.pdf>>. Data da publicação: 13 dez 2014. Acesso em: 10 jan 2019.

_____. *História do direito do trabalho no Brasil*: curso de direito do trabalho, volume I, parte II. São Paulo: LTr, 2017

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Lochner's Legacy. *Columbia Law Review*, vol. 87, no. 5, June 1987, p. 873-919.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. *O Espírito de Filadélfia*: a Justiça Social diante do Mercado Total. Porto Alegre: Sulina, 2014.

_____. *Crítica do Direito do Trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001.

_____. 60 anos da CLT: uma visão crítica. *Revista do TRT da 1ª Região*. Edição especial 100 anos Arnaldo Süssekind – Homenagem ao centenário de seu nascimento. Rio de Janeiro v. 27, p. 161-171, 2017a.

_____. Da relação de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região / Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, Rio de Janeiro, v. 27, 2017b, p. 219-225

_____. Reflexos do novo Código Civil nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região / Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, Rio de Janeiro, v. 27, 2017c, p. 209-212.

STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado*: a crise adiada do capitalismo democrático. São Paulo: Boitempo, 2018.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. In *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Adeodato José Batista; MELLO, Lawrence Estivalet de. Efeitos do liberalismo sobre a remuneração dos motoristas de uber e o trabalho intermitente: estudo comparativo com a legislação de Nova Iorque. In: MELLO, Lawrence Estivalet de;

CALDAS, Josiane; GEDIEL, José Antônio Peres (Orgs.). *Políticas de Austeridade e Direitos Sociais*. Curitiba: Kaygangue, 2019, p. 334-343.

TEIXEIRA, Marilane. O desmonte trabalhista e previdenciário: reinventando novas formas de desigualdades entre os sexos. *Análise*, n. 26. São Paulo: Friedrich Erbert Stiftung Brasil, 2017. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13555.pdf>>. Acesso em: 05 dez 2019.

TELLES, Vera da Silva; KESSLER, Gabriel; AZAÏS, Christian. Apresentação. In: AZAÏS, Christian; KESSLER, Gabriel; TELLES, Vera da Silva (Orgs.). *Ilegalismos, cidade e política*. Belo Horizonte: Fino Traço, 2012

THIOLLENT, Michel. *Crítica metodológica, investigação social e enquete operária*. São Paulo: Editora Polis, 1980.

_____. *Metodologia da pesquisa-ação*. São Paulo: Cortez, 1994.

THOMPSON, Edward Palmer. Algumas observações sobre classe e "falsa consciência". In: SILVA, Sérgio; NEGRO, Antônio Luigi (Orgs.). *As peculiaridades dos ingleses e outros artigos*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2012.

TORRES, Esther Sanchez. The Spanish Law on Dependent Self-Employed Workers: A New Evolution in Labor Law. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 31, no. 2, Winter 2010, p. 231-248.

TUMOLO, Paulo Sérgio. Reestruturação produtiva no Brasil: um balanço crítico introdutório da produção bibliográfica. *Educação e Sociedade*, ano XXII, n. 77, Dezembro/2001, p. 71-99.

TUSHNET, Mark. The optimist's tale. *University of Pennsylvania Law Review*, 132:1257, 1984.

VARELA, Raquel. Segurança Social, Trabalho e Estado em Portugal. *Temporalis*, Brasília (DF), ano 15, n. 30, jul./dez., 2015.

_____. Precariedade na Europa 1945-2018: reflexões em homenagem a Ricardo Antunes. *Revista Pegada*, volume 19, n. 1, jan.-abr./2018.

VASAPOLLO, Luciano. A precariedade como elemento estratégico determinante do capital. *Pesquisa & Debate*, volume 16, número 2 (28), p. 368-386.

_____. *Por uma política de classe: uma interpretação marxista do mundo globalizado*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

VASAPOLLO, Luciano (coordenador). *A Europa do capital – Transformações do trabalho e competição global*. São Paulo: Xamã, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Os Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VAZQUEZ, Bárbara Vallejos; BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. As segundas intenções da reforma trabalhista brasileira – uma análise das extinções contratuais em “comum acordo”. *Revista Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 4, n. 2, 2019, p. 250-270.

VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

_____. *A Revolução Passiva: Iberismo e Americanismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *A constitucionalização da legislação do trabalho no Brasil*. Brasília/DF: Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cedes). Fundação Astrojildo Pereira (FAP), 2010.

VIANNA, Oliveira. *Populações meridionais no Brasil – História, organização, psicologia*, v. 1, 5ª edição. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editôra, 1952.

_____. *Problemas de política objetiva*. Rio de Janeiro: Record, 1974.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado penal nos EUA. In: BOURDIEU, Pierre (Org.). *De l'État social à l'État penal. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, 2003.

WESTERN, BECKETT & HARDING. Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos. In: BOURDIEU, Pierre (Org.). *De l'État social à l'État penal. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, 2003.

WOLFF, Simone. O “trabalho informacional” e a reificação da informação sob os novos paradigmas organizacionais. In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Orgs.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. A crise e alguns institutos do Direito do Trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano I (2ª série), 1986, n. 01, p. 65–102.

XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

ANEXOS

Entrevistas – Termo de Autorização

Eu, _____, inscrito(a) no RG sob o n. _____, **AUTORIZO** o pesquisador Lawrence Estivalet de Mello, inscrito no RG sob o n. _____, a realizar a gravação de entrevista sobre minhas experiências profissionais e utilizar trechos de minhas respostas, ainda que parciais, sem identificação do meu nome ou da(s) empresa(s) em que trabalhei, na exposição dos resultados de sua pesquisa de Doutorado em Direitos Humanos e Democracia junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, intitulada “Crise do contrato de trabalho e ilegalidades expandidas”, e outras pesquisas conexas.

() Autorizo sem ressalvas.

() Autorizo, mas manifesto possuir ressalvas no seguinte sentido: _____

_____.

Em Curitiba, _____ de 20__.

Assinatura do(a) entrevistado(a)

Entrevistas – Roteiro geral

a. Explicação do objetivo da tese e da entrevista

1. Objetivo da tese;
2. Objetivo da entrevista;
3. Termo de consentimento e edição, sem acréscimos;
4. Autorização para gravar.

b. Eixos da entrevista

I – Contrato de trabalho e alterações contratuais

1. Alguma vez em que trabalhou você recebeu contrato de trabalho escrito? Negociou algo desse contrato?
2. Durante seu último contrato, sempre pediram sua opinião quando mudaram seus horários de trabalho, salário, obrigações?

II – Privacidade, religião e redes sociais

1. A empresa onde você trabalha orientou você, informalmente ou de forma obrigatória, sobre vestimenta, corte/cor de cabelo e pintura das unhas?
2. Você já foi valorizado(a), criticado(a) ou se sentiu constrangido(a)/diminuído(a) por ser de alguma religião?
3. Você usa redes sociais gerais, como facebook e instagram? Tem o chefe e outros colegas nas redes? Se sente vigiado pelo que posta e toma cuidados?
4. Você usa redes sociais com objetivo de relações afetivas ou sexuais, como tinder, grindr e outros? Se sente vigiado pelo que posta e toma cuidados?

III – Obrigações do contrato

1. A empresa disponibilizava pra você sua folha de pagamento? Você já comparou com a de algum colega?
2. Você acha que os salários deveriam ser iguais pra quem faz o mesmo trabalho ou "desempenha a mesma função"?
3. Você já fez algo a respeito de seu salário, como pedir aumento ou reclamar de algo que não havia sido pago corretamente?
4. Você é obrigado(a) a realizar tarefas gratuitas, estranhas à sua função ou fora da sua jornada?
5. É normal você ser obrigado(a) a trabalhar mais tempo do que sua jornada diária?

IV - Violências no trabalho

1. Você já sofreu violências no trabalho?
2. Você já se defendeu de violências no trabalho?